Besitzstand und Verwirkung im Warenzeichenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

vorgelegt von

Ernst Titze

Gerichtsreferendar in Frankfurt (Oder)

Berichterstatter: Professor Dr. R. Ruth.

1934

BUCHDRUCKEREI CARL NIEFT, BLEICHERODE AM HARZ

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544723_0084

Gliederung.

A. Einleitung Seite

Die Notwendigkeit der Verwirkung im Wettbewerbsrecht im Hinblick auf die Verjährung. 11

B. Hauptteil

I. Kapitel:

Geschichte und Grundgedanken der Verwirkungslehre. 13

a) Vom Standpunkt der Gesetzgebung aus betrachtet. 13

1. Der Schutz des Warenzeichens auf Grund der Eintragung. 13
2. Die Ausstattung und das Warenzeichen. 15

b) Vom Standpunkt der Rechtsprechung und des Schrifttums aus betrachtet. 16

c) Die geschichtliche Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung, besonders im Hinblick auf die Voraussetzungen zur Verwirkung. 18

1. Der Grundsatz der Priorität. 18
2. Erforderlich ist der Besitzstand und Gutgläubigkeit des Verletzers. 19
3. Auch ursprüngliche Bösgläubigkeit kann die Verwirkung begründen. 20
4. Die alleinige Prüfung des Besitzstandes. Die Nordsee-Entscheidung. 21

II. Kapitel:

Der wettbewerbliche Besitzstand. 23

a) Der wettbewerbliche Besitz im Gegensatz zum sachenrechtlichen. Der wettbewerbliche Besitz als Voraussetzung zum Besitzstand. 23

b) Die Voraussetzung des Besitzstandes und sein Umfang. 25

1. Der Besitzstand verlangt eine bestimmt geartete Geltung des Besitzes. 25
2. Der Umfang der Geltung. 25

c) Das Wesen des Besitzstandes. 26

1. Die Notwendigkeit, die Lehre vom Besitzstand und der Verwirkung besonders zu betrachten. 26
2. Die Vorschriften der Ersitzung finden keine Anwendung. 27
3. Die Vorschriften über die Verarbeitung finden Anwendung. 28

III. Kapitel:

Die Verwirkung. 30

a) Ihre Voraussetzungen im allgemeinen. 30

b) Die Voraussetzungen auf Seiten des Verletzten. 31
1. In objektiver Hinsicht. 31
2. In subjektiver Hinsicht. 33
c) Die Voraussetzungen auf Seiten des Verletzers. 36
d) Das Wesen der Verwirkung. 40
1. Unzutreffende Erklärungsversuche. 40
aa) Die Grundsätze der gesetzlichen und vertraglichen Verwirkung finden keine Anwendung. 40
bb) Die Verwirkung ist kein besonderes Rechtsinstitut. 41
cc) Die Verwirkung als Folge der Sittenwidrigkeit. 42
dd) Verjährung und Präklusionsfristen. 42
ee) Die Verschweigung. 43
2. Die Verwirkung beruht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. 44
e) Die Folgen der Verwirkung. 47

Schrifttum.

Baumbach: Das gesamte Wettbewerbsrecht, systematischer Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Warenbezeichnungsgesetz und den einschlägigen Vorschriften anderer Gesetze, 2. Auflage 1931.

Baumbach: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht, GRUR 1930/251 ff.

Becher: Wettbewerbsrecht, 1928.

Best: Verwirkung? JW. 1932/1801 ff.

Böhm: Wettbewerb und Monopolkampf 1933.

Cahn: Verwirkung ohne Verwirrung im Wettbewerb und Zeichenschutz, Mu.W. 1932/329.

Callmann: Der unlautere Wettbewerb, Kom. 1929, 3. Aufl. und 2. Auflage.

Daffis: Wandlungen im Wettbewerbsrecht, GRUR 1931/801 ff.

Dernburg: Preuß. Privatrecht II, 5. Auflage.

Elster: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kom., 9. Aufl.

Elster: Urheber-Erfinder-Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, 1928.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil 1931. Bearbeitung von Nipperdey.

Finger: Benutzungszwang und Verwirkung, Mu.W. 1931/298 ff.

Finger: Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnung, 3. Auflage 1926.

Frauendorfer: Der ständische Gedanke im Nationalsozialismus, 4. Auflage 1933.

Furler: Besitz, Verkehrsgeltung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht, Berlin 1932.

Geitel: Praxis des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnung, 1900.

Gierke: O. v. Deutsches Privatrecht, I. 1895.

Gottschalk: Die sog. Verwirkung des Anspruchs im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1930/1 ff.

Gütebier: Der Leistungsgrundsatz im Wettbewerbsrecht, JW. 1934/1091 ff.

Hagens: Warenzeichenrecht, Berlin 1927.

Hagens: Warenzeichen- und Ausstattungsbesitz, Mu.W. 1927/28, Seite 562 ff.

Hamburger: Treu und Glauben im Verkehr, 1928.

Hedemann: Reichsgericht und Wirtschaftsrecht in Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena, Heft 18, Jena 1929. 1929/328 ff.

Herzog, Berthold: Verwirkung, Ersitzung und Wettbewerb im Firmen- und Warenzeichenrecht. Mu.W. 1930/353.

Herzog, Siegmund: Der wettbewerbliche Besitzstand, Hallenser Diss. 1933.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930.

Isay: § 1 UWG. und die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes, GRUR 1928/421.

Isay: Der Kampf um § 1 UWG, GRUR 1928/245.

Isay: Die Gefährdung des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Anwendung des § 1 UWG in GRUR 1928/71 ff.

Koellreutter: Grundriß der allgemeinen Staatslehre, 1933.

Koellreutter: Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr. 101.

Kohler: Das Recht des Markenschutzes, 1884.

Krause: Schweigen im Rechtsverkehr, Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung. Nr. 67 der Sammlung von Arbeiten zum Handels-Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Marburg 1933.

Lobe: Untergang und Verhinderung der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen. Mu.W. 1932/433.

Loening, Basch, Strassmann: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Kom., 1931.

Loewenwarter: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Bd. 1925.

Markus: Die Verwirkung von Warenzeichenrechten durch Stillschweigen, Mu.W. 1929/413 ff.

Müller-Erzbach: Rechtsbildung durch Wertschöpfung, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, Band 88/175 ff.

Nipperdey: Wettbewerb- und Existenzvernichtung, 1930.

Oppenheim: Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz, Freiburger Diss. 1932.

Oppenheim: Der Ersitzungsgedanke in der Verwirkungsrechtsprechung des Reichsgerichts zum Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, Mu.W. 1932/440.

Pogge: Bietet das Warenzeichengesetz keine Handhabe, die Eintragung vorbenutzter Zeichen zu löschen? Mu.W. 1909/75 ff.

Reimer: Die Gefahr „des langen Zuwartens" für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, JW. 1928/2064 ff.

Reimer: Wichtige Interesseausgleichsfragen im Patent- und Warenzeichenrecht und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung, GRUR 1931/447 ff.

Reimer: Verwirkung bezw. Ersitzung trotz fortdauernder Verkehrsverwirrung, Mu.W. 1930/515 ff.

Reimer: Wettbewerbsrecht und Warenzeichenrecht. 1. Band, allgemeine Grundlage und Schutz der geschäftlichen Kennzeichnungsmittel, 1933.

Rosenthal: Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes, 8. Aufl., 1930.

Ruth: Besprechung des Nordhäuser-Urteils in JW. 1934/287/88.

Ruth: Schrifttumsbesprechung zu Reimer „Wettbewerbsrecht und Warenzeichenrecht", JW. 1934/542/43.

Schumann: Der Zusammenbruch der Verwirkungslehre, GRUR 1933/81 ff.

Schmidt-Ernsthausen: Die Ausstattung im Kampf mit dem Warenzeichen, JW. 1934/1096 ff.

Siebert: Besprechung der Urteile RG. 134/38 in JW. 1932/942/ RG. 142/63, JW. 1934/97/98.

Siebert:*) Zum Begriff der Verwirkung, JW. 1932/2384.

Seligsohn: Arnold, Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, Berlin 1925.

Seligsohn, J.: Der Einfluß der Zeit auf den gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1930/93 ff.

Seligsohn, J.: Streitfragen des Zeichenrechts und die Stetigkeit der Rechtssprechung, GRUR 1927/636 ff.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Schuldverhältnisse Teil 1, 9. Aufl.

Ulmer: Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung, 1928.

Wassermann: Zeichen, die sich im Verkehr durchgesetzt haben, GRUR. 1929/1 ff.

Witthüser: Der wettbewerbliche Schutz des Warenzeichens, Kölner Diss. 1933.

---

*) Die Arbeit von Siebert: „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung; ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und von der exoeptio doli unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes", Berlin 1934, konnte nicht berücksichtigt werden, da sie erst nach Fertigstellung dieser Dissertation im Druck erschienen ist.

Es bedeuten:

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

JW. = Juristische Wochenschrift.

LZ. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.

GRUR. = Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.

Mu.W. = Markenschutz und Warenzeichen.

A. Einleitung.

Die Notwendigkeit der Verwirkung im Wettbewerbsrecht im Hinblick auf die Verjährung

Nach § 21 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909 (UWG.) verjähren die in diesem Gesetz bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung oder Schadensersatz in 6 Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Anspruchsberechtigte von der Handlung und von der Person des Verpflichteten Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 3 Jahren von der Begehung der Handlung an. Da sich jedoch eine Klage auf Grund des § 1 UWG. meistens[1]) auch auf § 826 BGB. stützen läßt[2]), da § 826 BGB. und § 1

---

[1]) Unterschiede sind vorhanden: Die hauptsächlichsten sind: § 826 BGB. verlangt Vorsatz, § 1 UWG. nicht, § 13 UWG. gibt den Interessenverbänden ein Klagrecht, während in § 826 BGB. den Interessenverbänden kein Klagrecht gewährt wird. Bei § 1 UWG. ist die Kammer für Handelssachen zuständig, (§ 27 UWG), bei § 826 BGB. nicht. Weitere Unterschiede siehe Baumbach, Kom. Kap. 12 A. II b.

[2]) Über das Verhältnis zwischen § 1 UWG. und §§ 823 ff. BGB. vgl. die Darstellung Reimers (Kom. Seite 84). Dort wird zu Recht die Ansicht Baumbachs bekämpft, daß § 823 Abs. I BGB. der Angelpunkt des UWG. sei, und § 1 UWG. überhaupt keine Daseinsberechtigung habe. Es ist davon auszugehen, daß das Unternehmen, das durch das gesamte Wettbewerbsrecht geschützt wird, ein subjektives Recht ist, aber kein absolutes i. S. § 823 Abs. I BGB. Denn alle Wettbewerbseingriffe richten sich gegen das Unternehmen, die einzelnen Verletzungstatbestände liegen jedoch ganz verschieden, es gibt Verletzungen, die in Unternehmensbestandteile eingreifen, welche den Charakter eines quasidinglichen Ausschlußrechts haben (Warenzeichen, Name, Ausstattung) und solche, die nur einen obligatorischen Anspruch des Unternehmensinhabers auslösen, die ihm lediglich einen persönlichen Anspruch i. S. § 241 BGB. auf ein Tun oder Unterlassen geben (vergl. z. B. §§ 3, 4, 6 UWG. 40 PG.). Da das Unternehmen in seinen Bestandteilen verletzt wird, und die Wettbewerbsfälle sich nicht auf einen einheitlichen Tatbestand zurückführen lassen, ist das Unternehmen kein absolutes Recht, § 823 Abs. I BGB. insoweit nicht anwendbar.

Das Reichsgericht hat den Schutz des Unternehmens aus § 823 Abs. I BGB. nur für den Fall als gegeben erachtet, wenn sich der Eingriff unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebes richtet, sei es, daß dieser tatsächlich gehindert oder daß seine rechtliche Zulässigkeit verneint oder seine

UWG. unter sich völlig gleichberechtigt sind[3]), ist insoweit auch § 852 BGB zu beachten, nach dessen Fassung § 21 UWG. aufgebaut ist, nur mit dem Unterschiede, daß im UWG. die regelmäßige Verjährungsfrist anstatt wie im BGB. 6 Monate — 3 Jahre und die Ausschlußfrist statt 3, 30 Jahre beträgt.

Der Zweck der Verjährung ist die Sicherung des Verkehrs. Es soll die Unbilligkeit vermieden werden, die entstehen würde, wenn aus weit zurückliegenden Handlungen Verpflichtungen hergeleitet werden könnten, auf die der Schuldner wegen der langen Zeit nicht mehr eingerichtet zu sein braucht. Dieser Schutz, der dem Beklagten vom Gesetz gewährt wird, ist jedoch im Wettbewerbsrecht teilweise ungenügend. Bei wiederholten zu Schadensersatz oder Unterlassung verpflichtenden Wettbewerbshandlungen[4]) verkörpert jede einzelne Handlung den Tatbestand der Verletzung des Berechtigten, und damit beginnt auch der Lauf der Verjährung stets von neuem. Wenn aber der Beginn und das Ende der Verjährung für die erste Handlung so geregelt ist, so ist nicht einzusehen, weshalb es nicht ebenso auch bei der zweiten und den folgenden Fällen sein sollte. „Der Anspruch fängt bei jedem Gebrauchsakt von neuem an".[5]) Hierbei käme eine Verjährung überhaupt nicht in Frage, obgleich es doch Tatbestände gibt, die dringend einen Schutz des Wettbewerbers erheischen: Man denke z. B. an den Fall, daß der Verletzte als Inhaber eines Warenzeichens viele Jahre hindurch die sich immer wiederholenden Verletzungshandlungen geduldet hat, ohne den geringsten Einspruch dagegen zu erheben, der Verletzer aber erfolgreich Mühe und Kosten darauf verwendet hat, z. B. einem Warenzeichen, das mit dem Warenzeichen des Verletzten verwechselungsfähig oder sogar gleichlautend ist, Verkehrsanerkennung zu verschaffen. Es wäre doch hier unbillig, dem Verletzer keinen Schutz nur aus dem Grunde gegenüber dem Verletzten gewähren zu wollen, weil die gesetzliche Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist, obgleich das wirtschaftliche Arbeitsergebnis des Verletzers ohne Rücksicht darauf, ob sein Recht in die Zeichenrolle des Patentamts eingetragen worden ist oder nicht, sehr wohl eines Schutzes bedarf. Die Lehre von der Verwirkung beseitigt diese Unbilligkeit.

Schließung oder Einschränkung verlangt werde (RG. 102/223, 119/433).

UWG. und WZG. sind Schutzgesetze im Sinne § 823 Abs. II BGB.

Die Ersatzhaftung wegen Eingriffe in das Unternehmen erfolgt also in erster Linie nach §§ 1 UWG., 826 BGB., nicht aus § 823 Abs. I BGB.

[3]) Es genügt, die Klage auf einen von beiden zu stützen. Das Gericht hat die andere Vorschrift heranzuziehen, vergl. Baumbach Kom. S. 92.

[4]) d. h. einer Reihe von schadenstiftenden Verletzungshandlungen, die sich auf einen einheitlichen und in der mehr oder weniger weitgehenden Gleichartigkeit der Begehung sich vollziehenden Willen zurückführen lassen (RG. 134/339).

[5]) So RG. 134/440.

In Warenzeichen- und Wettbewerbsprozessen[6]) wird somit oft die Einrede erhoben: Der Beklagte habe die beanstandete Handlung bereits lange Zeit vor Klageerhebung begangen und ununterbrochen fortgesetzt. Wenn der Kläger erst nach vielen Jahren Klage erhebe, so habe er seine Ansprüche „durch langes Zuwarten verwirkt" (Reimer JW. 1928/2064). Fraglich ist nur, wie lange dieses Zuwarten dauern muß, um dem Verletzer d. h. dem Erwirkenden, schützen zu können, und welche Voraussetzungen bei ihm und dem Verletzten, dem Verwirkenden, vorhanden sein müssen, und auf welche Handlungen im einzelnen sich die Verwirkungseinrede beziehen kann, um zu einem gerechten Ausgleich zwischen beiden Parteien zu kommen.

B. Hauptteil.

I. Kapitel: Geschichte und Grundgedanken der Verwirkungslehre.

a) Vom Standpunkt des Gesetzgebers aus betrachtet.

1. Der Schutz des Warenzeichens auf Grund der Eintragung.

Die wichtigste Frage bei der Prüfung des Verhältnisses des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen zu dem Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb ist das Verhältnis des § 12 WZG. zum UWG.. § 12 WZG. verleiht durch die Eintragung eines Warenzeichens in die Zeichenrolle des Patentamts dem Zeicheninhaber das ausschließliche Recht, Waren der angemeldeten Art oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Warenzeichen zu versehen, die so gezeichneten Waren in den Verkehr zu bringen, sowie auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen oder dergleichen das Zeichen anzubringen. Der Zeicheninhaber erwirbt durch einen bloßen Formalakt einen Unternehmenstatbestandteil mit dem Charakter des Ausschlußrechts. Nur der, dessen Zeichen eingetragen ist, kann sich auf den in diesem Gesetz vorgesehenen Schutz berufen. Er kann nach § 14 WZG. gegen wissentliche oder grobfahrlässige Verletzungen, z. B. Anbringung seines eingetragenen Warenzeichens auf Waren, Umhüllungen, Preislisten und dergleichen den Verletzer wegen Schadensersatzes in Anspruch nehmen, und er kann bei lediglich objektiv-widerrechtlicher

[6]) Das Reichsgericht bejaht nicht nur die Verwirkung im Warenzeichen-, sondern auch im Wettbewerbsrecht (vergl. z. B. RG. 127/321, JW. 1933/1396). Die Richtigkeit dieser Ansicht folgt allein schon daraus, daß eine Warenzeichenverletzung in den weitaus meisten Fällen gleichzeitig Verstöße gegen §§ 1, 16 UWG. und 826 BGB. enthält. Ebenso JW. 1933/1525. Die Tatsache, daß die Verwirkung für den Verletzer einen Rechtserwerb bedeutet, ein solcher sich aber grundsätzlich nicht auf ursprünglich unlauteres Verhalten stützen kann, da sich auf Unrecht niemals Recht aufbauen kann, steht der Verwirkung im Wettbewerbsrecht nicht entgegen. Zu dieser Frage der sogenannten bona fides superveniens vgl. unten I Kap. c 3.

Verletzung des Warenzeichens gemäß § 12 WZG. in Verbindung mit § 1004 BGB. auf Unterlassung klagen.[7])

Aus dieser Aufstellung scheint als beherrschender Gedanke des WZG. hervorzugehen, nur dem durch die Eintragung legitimierten Zeicheninhaber Rechtsschutz angedeihen zu lassen, jedenfalls wird der Wert wirtschaftlicher Tatsachen, wie z. B. die Arbeitsaufwendung zur Erlangung der Verkehrsanerkennung eines Zeichens, als nicht schutzwürdig betrachtet, sondern nur die durch Formalakt erlangte Rechtsstellung, sodaß insofern ein geschlossenes System hinsichtlich des Schutzes der Eintragung und der Löschung des Warenzeichens geschaffen ist.[8])

Schon hier sei gesagt, daß dieser einseitige Standpunkt untragbar ist. Nicht die Eintragung in ein Register kann ausschließlich darüber entscheiden, ob jemand Rechte hat! Mindestens ebenso stark müssen im Gegensatz hierzu auch die Arbeitskraft und die Aufwendungen desjenigen geschützt werden, der durch diese ein Warenzeichen bei den Käufern erfolgreich eingeführt hat, dieses aber nicht in die Zeichenrolle hat eintragen lassen und jetzt mit demselben oder einem ähnlichen Zeichen des Verletzten in eine Interessenkollision kommt. Denn jeder, der etwas kann und leistet, wird vom Staate geschützt.[8a]) Es geht nicht an, nur auf die Eintragung eines Zeichens abzustellen, ohne die Leistung des Mitbewerbers, ohne das Leistungsprinzip, d. h. den Ordnungssatz der schaffenden Arbeit zu berücksichtigen.[9])

Auch im Hinblick auf die besondere Rechtsstellung des Ausstattungsschutzes gemäß § 15 WZG. erscheint der Schutz des Warenzeichens wegen des rein formalen Charakters ungerechtfertigt eng begrenzt.

---

[7]) Über die Eintragung des Zeichens entscheidet zunächst das Patentamt; es prüft, ob das angemeldete Zeichen mit früher angemeldeten übereinstimmt. Entweder wird der Zeicheninhaber auf Grund dieses Prüfungsverfahrens eingetragen, oder aber es wird auf den Widerspruch Besserberechtigter ein Widerspruchsverfahren eröffnet, das mit Beschluß auf Eintragung oder Versagung der Eintragung endet. Erst jetzt ist gemäß § 6 Abs. II WZG. die Eintragungsklage beim ordentlichen Gericht zulässig.

Das bessere Recht ergibt sich aus dem Datum der Anmeldung, die der Eintragung zu Grunde liegt (§ 9 Abs. 1 WZG.). Ebenso wie die Erwerbsgründe eines Warenzeichens ausschl. geregelt worden sind, gibt es auch für den Verlust durch Löschung des Warenzeichens nur die im Gesetz aufgeführten Gründe, die in den §§ 8, 9 WZG. geregelt sind.

[8]) Ebenso Kohler S. 261.

[8a]) Das voll durchgeführte Leistungsprinzip wird es ermöglichen, daß jeder Mensch so gerecht wie überhaupt nur möglich beurteilt wird (vergl. Frauendorfer S. 17).

[9]) Nipperdey S. 14 spricht davon, daß der Leistungsgrundsatz folgerichtig soweit durchgeführt werden könne, daß letzten Endes selbst eine Vernichtung der Existenz des Mitbewerbers mit in Kauf genommen werden müsse.

2. Die Ausstattung und das Warenzeichen.

Die Ausstattung[10]) wird nicht wie das Warenzeichen eingetragen, sie besteht entweder materiell, d. h. aus der durch die Gewöhnung der Allgemeinheit oder der beteiligten Verkehrskreise herkommenden communis opinio oder gar nicht. Es handelt sich um einen gewohnheitsrechtlichen Kennzeichenschutz, beruhend auf redlich erworbenem Besitzstand, auf Zeit und intensiver Arbeit.[11])

Dem Inhaber einer Verkehrsgeltung genießenden Ausstattung wird Schutz gewährt, wenn ein anderer zum Zwecke der Täuschung Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung, Preislisten u. ä. mit dieser Ausstattung in den Verkehr bringt oder feilhält. Dagegen läßt das Warenzeichengesetz einen Schutz des Warenzeichens ohne die Eintragung in die Zeichenrolle nicht zu. Während also beim Zeichen der Schutz wirtschaftlicher Werte nicht im Vordergrund steht, dieser sich lediglich aus dem Staatsakt der Eintragung in die Zeichenrolle herleitet, wird der Schutz bei der Ausstattung schon dann erworben, wenn diese innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Waren eines bestimmten Unternehmens gilt. Die Ausstattung muß also Verkehrsanerkennung gewonnen haben, ohne diese ist sie eine ungeschützte Aufmachung. Damit ist aber zum Ausdruck gekommen, daß die Ausstattung „ganz und unmittelbar zum materiellen Wettbewerbsrecht gehört".[12/13]) Denn benutzt ein Wettbewerber dieselbe Ausstattung für gleiche oder gleichartige Waren, so ist es möglich, daß die Käufer annehmen, die mit dieser Ausstattung versehenen Waren stammen aus einem und demselben Betriebe. Der Verkehr wird also über die Herkunft der Ware getäuscht.[14]) Der Wettbewerber würde somit die durch Mühe und Kosten errungene Verkehrsgeltung der Ausstattung für seine Waren ausnutzen, obwohl er hierzu nicht berechtigt ist. § 15 WZG., der dem Ausstattungsberechtigten gegen diese — zu Zwecken der Täuschung im Handel und Verkehr — unlautere Ausbeutung der Arbeit Schutz gibt, ist somit eine Spezialbestimmung des Wettbewerbsrechts auf dem Gebiete des Warenzeichenrechts.[15])

Mit der Schaffung des UWG. im Jahre 1909 und in der Folgezeit änderte sich jedoch dieses Verhältnis. Durch § 16 UWG. wurde ein Schutz für jede Art von Benennungen im geschäftlichen Verkehr ge-

[10]) Was Ausstattung ist, sagt das Gesetz nicht. Hagens (§ 15 Anm. 2) definiert sie als die eigenartige Form, in der ein Gewerbetreibender eine oder mehrere Arten der von ihm vertriebenen Waren in regelmäßiger Wiederholung in den Verkehr treten läßt, und die dadurch geeignet ist, Kennzeichen seines Betriebes zu werden (vgl. Finger WZR § 15 Anm. 2, Seligsohn § 15 Anm. 1 und 2, Rosenthal § 15 M 74 a). Es handelt sich um äußere kennzeichnende Zutaten zur Ware (Form, Färbung, Aufdruck), zum Begriff des Warenzeichens vgl. unten I b.

[11]) Elster, Kom. S. 84.

[12]) Baumbach Kom. Kap. I. S. 62.

[13]) Sie ist zwar im WZG. geregelt, hat aber nichts mit dem Zeichenrecht zu tun, sondern gehörte besser in das UWG., so Elster Kom. S. 72.

[14]) vgl. auch Ulmer S. 6 — 7.

[15]) Auch §§ 4 Abs. I Ziff. 3, 15 WZG. gehören in das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs.

schaffen, also z. B. für Firmennamen, Bücher = Zeitschriftentitel, Geschäftsabzeichen und andere wortmäßige Kennzeichnungen des Geschäfts. Der Schutz des § 16 Abs. I UWG. besteht in der Gewährung der Unterlassungsklage bei objektiv rechtswidrigen Eingriffen und von Schadensersatzansprüchen bei wissentlichen oder grobfahrlässigen Verletzungen. Nach § 16 Abs. III UWG. findet diese Regelung Anwendung zwar auf Geschäftsabzeichen und sonstige zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen Geschäften bestimmte Einrichtungen, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts gelten, aber nicht auf den Schutz von Warenzeichen und Ausstattungen.

Nach § 16 Abs. III UWG. wird also auch wie in § 13 WZG. die wirtschaftliche Tätigkeit geschützt, die der Inhaber eines Geschäftsabzeichens aufgewendet hat, um diesem Verkehrsanerkennung zu verschaffen und zwar in demselben Umfange, wie ihn das WZG. einem eingetragenen Warenzeichen gewährt. Für die Voraussetzung des Schutzes eines Warenzeichens bedurfte es aber auch trotzdem noch der Eintragung in die Warenzeichenrolle, da eben das Warenzeichen nicht von § 16 Abs. III UWG. umfaßt wurde, obwohl ein Bedürfnis nach Schutz der uneingetragenen Warenbezeichnungen bestand.

b) Vom Standpunkt der Rechtsprechung und des Schrifttums aus betrachtet.

Dieser Gedanke, daß auch bei Warenzeichen das Arbeitsergebnis zu schützen ist, wurde durch das Schrifttum und die Rechtsprechung gefördert und entwickelt. Mit Recht betrachtete man das Warenzeichen als eines der wichtigsten Wettbewerbsmittel. Es ist Erkennungsmittel für die Ware aus einem bestimmten Betriebe, gibt damit Aufschluß über eine bestimmte Beschaffenheit der Ware und ermöglicht dem Käufer die Unterscheidung der angebotenen Waren von gleichartigen und ähnlichen Waren. Es ist mit Hagens[16]) „ein willkürlich gewähltes Kennzeichen, das ein Geschäftsmann gebraucht, um seine Ware als aus seinem Betriebe herstammend zu kennzeichnen und sie dadurch von der Ware anderer zu unterscheiden". Benutzt nun ein anderer dasselbe Zeichen, so liegt darin eine Täuschung der Käufer und Schädigung des Inhabers des Zeichens, dessen Absatzmöglichkeit verringert wird — damit aber zugleich eine unlautere Wettbewerbshandlung, da das Warenzeichen ein Wettbewerbsmittel ist. Der Schutz des Warenzeichens stellt sich insofern als ein Teil des Schutzes gegen den unlauteren Wettbewerb dar. Der Gedanke dieses inneren Zusammenhanges beider Gesetze unter Ablehnung des Vorherrschens des formalistischen Zeichenrechts im Hinblick auf den erworbenen Besitzstand wurde zwar von der Wissenschaft verhältnismäßig früh, d. h. schon um die Jahrhundertwende, von der Rechtsprechung dagegen erst seit 1927 anerkannt. Besonders Kohler[17]) bekämpfte die einseitige Anerkennung des Warenzeichenschutzes allein auf der Grundlage der Eintragung und die völlige Nichtberücksichtigung des Gedankens, daß auch das durch

[16]) Hagens Kom. § 1, S. 37.
[17]) Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 88 ff. 251 ff., 261 ff.

Verkehrsanerkennung geschaffene Warenzeichen geschützt werden müsse.[18]).

Daß der Kampf gegen die Überspitzung des formalistischen Charakters des Zeichenrechts, die allerdings eine erhöhte Sicherheit im Verkehr im Vergleich zum heutigen Rechtszustand gewährleistete, berechtigt war, soll an Hand einiger Reichsgerichtsentscheidungen gezeigt werden.[19]) Von dem Grundgedanken ausgehend, daß das WZG. das ihm zugewiesene Gebiet ausschließlich regele [20]), und daß die Grundsätze über den Schutz gegen unlautere Handlungen nicht gegen den in die Zeichenrolle eingetragenen Zeicheninhaber Anwendung finden können, sagt das Reichsgericht, (JW. 1898—172/173) daß auch die Aneignung eines Zeichens, das andere, ohne es eintragen zu lassen, bereits zu geschäftlichen Zwecken gebrauchten, rechtlich gestattet sei.

Hiermit werden unlautere Handlungen durch Eintragung benutzter Zeichen gedeckt, und man geht sogar soweit, dem jetzt Eingetragenen das Recht zuzusprechen, dem ersten Besitzer des nicht eingetragenen Warenzeichens die Fortführung des Zeichens zu verbieten[21]). Ob der Eingetragene von einem Besitzstande des anderen wußte oder nicht, und ob er ihn in diesem Besitzstand stören wollte, war rechtlich gleichgültig. Angesichts des formalen Zeichenrechts waren solche Bedenken unbeachtlich[22]).

Die Rechtsprechung fand den Weg zur Anerkennung des Zeichenschutzes auf Grund des erworbenen Besitzstandes über § 15 WZG. Der Ausstattung wurde nämlich ein eintragungsfähiges Warenzeichen gleichgesetzt, welches zwar nicht eingetragen war, jedoch Verkehrsanerkennung erlangt hatte und gewährte diesem Kennzeichen, das also gleichzeitig Ausstattung und auf Verkehrsanerkennung beruhendes Warenzeichen war, wie dem eingetragenen Warenzeichen gegen objektiv rechtswidrige Eingriffe den Schutz der negatorischen Unterlassungsklage.[23]) Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht,, daß das Warenzeichen, das seine Existenz lediglich auf die Arbeit des Inhabers und die von ihm geschaffene Verkehrsanerkennung gründet, völlig gleichwertig ist mit dem eingetragenen Zeichen.

Damit war die Machtstellung des Registers gebrochen. Denn aus der Anerkennung der Gleichwertigkeit eines eingetragenen und eines sich auf Besitzstand gründenden Zeichens geht hervor, daß der Inhaber einer Ausstattung, die gleichzeitig ein auf Grund von Besitz und Verkehrsanerkennung geschaffenes eintragungsfähiges Warenzeichen enthält, im Verhältnis zu dem Jnhaber des gleichen oder eines ähnlichen Warenzeichens der Besserberechtigte ist, falls letzterer sein

---

[18]) Er spricht in diesem Zusammenhange von dem Ruin der Solidität des Handelns und Untergangs des redlichen Verkehrs; vgl. weiter ebenso Dernburg II S. 981 N 25 und Gierke, I S. 735.

[19]) Vergl. auch Wassermann in GRUR 1929 S. 7, Pogge in MUW 1909 S. 75.

[20]) RG. 48 S. 119.

[21]) JW. 1898/172.

[22]) JW. 1900/301.

[23]) Vergl. hierzu Hagens S. 248, Elster S. 369, RG. in JW. 28/2082.

Zeichen zur Eintragung anmeldet. Dieser würde einen rechtswidrigen Eingriff in den Besitzstand des Ausstattungsinhabers vornehmen[24]).[25]).

Schwieriger dagegen war die Frage zu beantworten, in welchem Verhältnis ein auf Besitzstand sich gründendes Warenzeichen, das, nachdem es Verkehrsanerkennung erlangt hat, vielleicht auch zur Eintragung angemeldet worden ist, zu einem schon vorher eingetragenen Warenzeichen steht, in welchem Verhältnis ferner zwei nicht eingetragene lediglich auf Besitzstand beruhende Bezeichnungen zueinander stehen. Die Rechtsprechung hat sich hinsichtlich der verschiedenen Voraussetzungen, die beim Durchgreifen des Verwirkungseinwandes auf Seiten des Verwirkenden einerseits und beim Erwirkenden andererseits vorhanden sein müssen, oftmals geändert. Man kann sogar ganz bestimmte Entwicklungsphasen unterscheiden.

c) Die geschichtliche Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung besonders im Hinblick auf die Voraussetzungen zur Verwirkung.

1. Der Grundsatz der Priorität.

Die Rechtsprechung ging zuerst von dem Grundsatz der Priorität aus und entschied die genannten Fälle bis zum Erlaß des Salem Aleikum-Urteils vom 23. 11. 1920 nur unter diesem Gesichtspunkte. Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde. (R. G. 100 S. 264): Die Klägerin besaß seit 1908 das Warenzeichen „Salem Aleikum" die Beklagte das einige Monate später, aber ebenfalls noch im Jahre 1908 eingetragene Warenzeichen „Sar Alam". Trotzdem beide Zeichen bis zum Jahre 1918 nebeneinander gebraucht wurden, erhob die Klägerin im Jahre 1918 die Löschungsklage, welcher von seiten der Beklagten 2 Einwände entgegengesetzt wurden: durch das zehnjährige Nebeneinanderstehen und -benutzen habe sich das Publikum an beide Zeichen gewöhnt und verwechsele sie nicht mehr. Außerdem aber habe sie die Klägerin durch langes Zuwarten in den Glauben versetzt, daß sie das Warenzeichen der Beklagten nicht beanstande. Unter Zurückweisung beider Einwendungen gab das Reichsgericht lediglich zur Zurückweisung der ersten Einwendung eine Begründung, in der auf das ständige Wechseln der Kundschaft eines Unternehmens hingewiesen und woraus gefolgert wurde, daß sich auch keine festste-

[24]) Vergl. RG. 120 S. 325 ff. und RG. in Mu.W. 1930/526.

[25]) Dieser Schutz griff zunächst jedoch dann nicht durch, wenn die Ausstattung von einem anderen ohne Täuschungsabsicht benutzt wurde, denn die Ausstattung sei kein Recht, es dürfe der Ausstattungsschutz nicht gegenüber dem Warenzeichenschutz im umgekehrten Verhältnis ihrer Bedeutung begünstigt werden; vergl. hierzu Schmidt-Ernsthausen JW. 34 S. 1096. Eine völlige rechtliche Gleichstellung der Ausstattung mit dem Warenzeichen erfolgte über das Kathreiner-Urteil (J.W. 1928/2082), in dem die Ausstattung als Rechtsgut bezeichnet wird und das Sonnengold-Urteil (RG. 120 S. 325), in dem dem Ausstattungsbesitzer die Löschungsklage auch gegenüber dem gutgläubigen Inhaber eines jüngeren Warenzeichens gegeben wurde, erst durch das Weißpunkturteil vom 26. 5. 1933 (RG. 141/110), in dem die Ausstattung und das Warenzeichen als gleichwertige Rechte einander gegenübergestellt wurden.

hende Auffassung über das Warenzeichen dergestalt habe bilden können, daß die Käufer gerade wegen des Warenzeichens die Waren als aus einem bestimmten Betriebe herstammend ansehen würden. Zur Ablehnung der zweiten Einwendung gab das Reichsgericht keine Begründung. Das Urteil beruht also auf dem Grundsatz der Priorität, welcher besagt, daß der früher eingetragene Kläger und Inhaber des Warenzeichens der Besserberechtigte sei und Verwechselungsgefahr[26]) bestehe und sagt noch nichts von einem Besitzstand.

2. Erforderlich ist der Besitzstand und Gutgläubigkeit des Verletzers.

Das Goldina-Urteil vom 19. 6. 25. (R. G. 111/195) leitet einen neuen Abschnitt in der Verwirkungsrechtsprechung ein. Der Grundsatz der Priorität wird verlassen und der Besitzstand des Verletzers als ausreichend angesehen. Danach hat die ältere Kennzeichnung der jüngeren zu weichen, falls die jüngere infolge und im Verlauf des langen Zuwartens einen schutzwürdigen Besitzstand, d. h. Verkehrsgeltung für ihren Inhaber erlangt hat. Jedoch reichte der Besitzstand des Verletzers allein bis zur Hunyadi-Janos-Entscheidung (RG. 134/38) für die Verwirkungseinrede nicht aus. Vielmehr wurde zunächst außer dem Besitzstande des Verletzers Gutgläubigkeit auf Seiten des Verletzers gefordert, d. h. der jüngere Zeichenbenutzer mußte seine Bezeichnung im guten Glauben angenommen haben.[27])

Der Goldina-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Klägerin besaß seit 1906 für Margarine das Warenzeichen „Goldina", die Beklagte seit 1898 das gleiche Warenzeichen für Schokolade und seit 1921 für Speisefette. Die Klägerin verlangte Löschung des im Jahre 1921 für Fette eingetragenen Warenzeichens. Demgegenüber forderte die Beklagte Löschung des Klagzeichens, weil sie an dem

---

[26]) Zu der Frage der Verwirkung trotz fortdauernder Verkehrsverwirrung (vergl. auch Reimer in Mu.W. 30 S. 515) hat das Reichsgericht später noch Stellung genommen (RG. 127 S. 321). Hier wird gesagt, daß der Verwirkungseinwand nur erhoben werden könne, wenn keine Verwechselungsgefahr bestehe. Dieser Ansicht dürfte jedoch die von I. Seligsohn (GRUR 1930/93 ff.) vorzuziehen sein, der mit Recht darauf hinweist, daß dieser Gesichtspunkt in der Verwirkungslehre unbrauchbar ist, weil gar keine Rede davon sein könne, daß sich das Publikum innerhalb eines langen Zeitraumes daran gewöhnen könne, ursprünglich kollidierende Zeichen nicht mehr miteinander zu verwechseln, da der Kreis der Interessenten stets wechselt; vergl. auch das Leykauf-Urteil, GRUR 29 1216: „Verwechselungsgefahr besteht heute genau so gut wie im Jahre 1882, maßgeblich aber ist der redliche Besitzstand". Ebenso die Farina-Entscheidung in Mu.W. 30/444. Aus all dem ergibt sich die Unhaltbarkeit der Lehre von der Verwechselungsgefahr und gleichzeitig die Unbrauchbarkeit für die Frage der Verwirkung.

[27]) Vergl. die Goldina-Entscheidung vom 19. 6. 1925 RG. 111/195, Grammofox-Urteil vom 29. 10. 1926, RG. 114/360, die Ritterwerk-Entscheidung vom 13. 3. 1928, JW. 28 2080, das Gazelle-Urteil vom 22. 1. 1929, GRUR 29/493, das Mitropa-Urteil vom 11. 2. 1930, GRUR 1930/525 u. a.

Zeichen „Goldina" einen Besitzstand erlangt habe, und weil im Hinblick auf diesen Besitzstand die Geltendmachung von Ansprüchen aus unbenutzten Zeichen unsittlich sei. Das Reichsgericht hat den Einwand der Beklagten anerkannt[28]),[29]).

Im Falle Gazelle (Urteil vom 22. 1. 1929 — GRUR 29/493) stand das vom Kläger seit 1913 benutzte Warenzeichen „Gazelle" dem in der Firma der Beklagten seit 1914 benutzten und als Warenzeichen angemeldeten Kennzeichen gegenüber. Nachdem die Klägerin 1915 Kenntnis von der jüngeren Firma erhielt, wurde die im Jahre 1927 erhobene Firmenlöschungsklage mit der aus der Goldina-Entscheidung bekannten Begründung abgewiesen, aber mit der Maßgabe, daß fortan diese Rechtsprechung auch für benutzte Zeichen gelten sollte.

Schon aus diesen wenigen Entscheidungen geht zur Genüge hervor, daß die Rechtsprechung in Einzelheiten hinsichtlich der Voraussetzungen der Verwirkung gewechselt hat. Und so ist es nur folgerichtig, wenn das Reichsgericht im Mitropa-Urteil vom 11. 2. 1930 (GRUR 1930/525) sagt: „Es komme immer auf den einzelnen Fall an. Eine allgemeine Regel, daß der Unterlassungsanspruch nach gewisser Zeit verwirkt sei, hat die Rechtsprechung nie anerkannt. . . . ."

3. Auch ursprüngliche Bösgläubigkeit kann die Verwirkung begründen.

Während hinsichtlich des Erfordernisses des Besitzstandes auch in der folgenden Zeit dieselben Grundsätze wie bisher beibehalten wurden, änderte die Rechtsprechung das Erfordernis der Gutgläubigkeit mit der Maßnahme ab, daß es bei langem Zuwarten des Klägers für das Vorhandensein des guten Glaubens genügte, wenn der Beklagte aus dem Verhalten des Klägers die Überzeugung entnehmen konnte, daß die Benutzung der jetzt beanstandeten Typenbezeichnung zulässig sei, vielleicht nicht schlechthin, aber doch wenigstens nach

[28]) „Das formale Zeichenrecht darf nur innerhalb der Grenzen ausgeübt werden, die das Recht höherer Ordnung setzt, insbesondere nur innerhalb der Grenzen des lauteren Wettbewerbs und guter Sitten, in deren Dienst auch das formale Zeichenrecht steht, nicht aber zur Verübung unlauterer Handlungen und zu Verletzungen des materiellen Rechts" (§§ 826 BGB., 1 UWG. — RG. 111/197).

[29]) Bei dem Grammofox-Urteil vom 29. 10. 1926 RG. 114,360 handelt es sich um folgendes: Die Klägerin besaß seit 1913 das Wort Grammofox als Schutzzeichen für „Grammophon" die Beklagte das benutzte Zeichen „Vox" seit dem 21. 1. 1921 und seit 12. 1. 1921 das Wort „Vox" als Firmenzeichen. Die Löschungs- und Unterlassungsklage wurde teilweise mit derselben Begründung, wie sie das Goldina-Urteil enthielt, abgewiesen, indem auch hier auf den Mißbrauch des formalen Zeichenrechts hingewiesen wurde. Jedoch wurde hier, ebenfalls mit dem Erfordernis der Gutgläubigkeit des Verletzers, die Unsittlichkeit des Verletzten bereits dann als vorliegend erachtet, falls die bloße Möglichkeit besteht, daß dem Verletzer durch das nunmehrige Vorgehen des Verletzten geschäftlicher Schade erwachse. Diese Möglichkeit wird bereits durch ein Vorgehen des Klägers innerhalb eines Zeitraumes von nur 8 Monaten als vorhanden angesehen (RG. 114/360).

Ansicht des Klägers (R. G. 127/321 und GRUR 1930/1203). Es kommt also hiermit der Satz zum Ausdruck, quod vitiosum est, tractu temporis potest convalescere. Insbesondere dann, wenn sich das von dem Beklagten gebrauchte Zeichen im Verkehr eingebürgert hat, der ganze Geschäftsbetrieb des Beklagten darauf eingestellt war. Hier stünde für diesen die Zerstörung großer wirtschaftlicher Werte auf dem Spiele. Auch[30]) im Urteil vom 30. 4. 1931 (JW. 31/1903) kommt dieser Grundsatz zur Anwendung. Hier besaß die Klägerin das Warenzeichen „Streublümchen" seit dem Jahre 1901. Die Beklagte benutzte seit dem Jahre 1925 das Kennzeichen „Streublume". Nachdem die Klägerin die Beklagte vor dem weiteren Gebrauch gewarnt hatte, gab die Beklagte das Kennzeichen „Streublume" auf, um nunmehr zur Bezeichnung „Reinblümchen" überzugehen. Trotzdem widersprach die Klägerin im Februar und April 1928 und erhob im Juli 1928 die Unterlassungsklage. Das Reichsgericht, das die Klage auf Grund der Verwirkungseinrede abwies,[31]) betonte, unter gleichzeitiger Anerkennung des Besitzstandes der Beklagten, daß sich die ursprüngliche Bösgläubigkeit — die spätestens im Jahre 1927 mit der Warnung der Klägerin vorhanden war — der Beklagten infolge des langen Zuwartens der Verletzten in Gutgläubigkeit verwandelt hätte.

4. Die alleinige Prüfung des Besitzstandes. Die Nordseeentscheidung.

Bei den nun folgenden Entscheidungen wird rein äußerlich von einer Prüfung des subjektiven Moments beim Verletzer gänzlich abgesehen und nur darauf abgestellt, ob der Verletzer einen schutzwürdigen Besitzstand erlangt hat.[32]) In der Hunyadi-Janos-Entscheidung stellte das Reichsgericht den Grundsatz auf, „daß der Verwirkungsgedanke .... auf dem das ganze Wettbewerbsrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben beruht, welcher der Rechtsverfolgung entgegensteht, wenn sie so spät eingelegt ist, daß der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten entstandenen Besitzstand als einen vom Kläger geduldeten und erlaubten ansehen darf", ohne das subjektive Verhalten des Verletzers und des Verletzten irgendwie als Voraussetzung des Durchgreifens der Verwirkungseinrede zu betrachten.

Mit Recht weist Schumann[33]) darauf hin, daß diese Entscheidungen an einem unlöslichen Widerspruch leiden. Einerseits stellt das Reichsgericht in seinen Begründungen auf die Grundsätze von Treu

[30]) Vergl. Urteil vom 15. 5. 1931, GRUR 1931/775 — Jakoby-Fall mit derselben Begründung.

[31]) „..... nach der neueren Rechtsprechung ist trotz einer ursprünglich sittenwidrigen Wettbewerbshandlung des einen Teils dem Verletzten ein Einschreiten zu versagen, wenn der Verletzte den ihm bekannten Verstoß lange Zeit hindurch ohne Widerspruch geduldet, dadurch einen für den Gegner wertvollen Besitzstand hat zur Entstehung gelangen lassen, und der Gegner aus dem Verhalten des Verletzten auf dessen Einverständnis und damit auf die Zulässigkeit seines eigenen Tuns zu schließen berechtigt gewesen ist.....". JW. 1931/1903.

[32]) Vergl. die Hunyadi Janos-Entscheidung in RG. 134/38, ferner die Marienbad-Entscheidung vom 12. 1. 1932 in GRUR. 1932 308.

[33]) GRUR. 1933/81 ff. (S. 91).

und Glauben, die guten Sitten und die Verkehrslauterkeit ab, unterläßt es aber andererseits, auf die subjektiven Voraussetzungen bei den Beteiligten einzugehen. Schumann nennt diese Begründung mit der Hervorhebung nur des Besitzstandes ein leeres Spiel mit Worten, da man zu einer Entscheidung auf Grund der Betrachtung der guten Sitten und nach Treu und Glauben ohne die Berücksichtigung des inneren Tatbestandes besonders des Verletzers aber auch des Verletzten gar nicht kommen könne. Und so war es nur folgerichtig, daß die Rechtsprechung später[34]) doch wieder zu dem Erfordernis der Gutgläubigkeit beim Verletzer zurückkehrte.[35])

Der Nordsee-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Klägerin führte als Inhaberin eines über ganz Deutschland verbreiteten Groß-Fischverkaufsunternehmens in ihrer seit 1926 bestehenden Firma das Kennzeichen „Nordsee". Der Beklagte eröffnete im Januar 1926 in Braunschweig einen Fischladen und benutzte in der Firma und auf Ladenschildern das Wort „Nordsee". Die Klägerin erhob im Jahre 1931 Löschungs- und Unterlassungsklage, nachdem sich die Klägerin und der Beklagte im Jahre 1927 gegenseitig gewarnt hatten. Das Reichsgericht lehnte die Verwirkungseinrede ab, weil die Untätigkeit der Klägerin durch die ausgesprochene Warnung im Jahre 1927 nicht mehr fortdauere, und ein Besitzstand sich seit 1927 nicht gebildet habe. Es fuhr dann fort: „Es ist auf das Wissen und Verhalten des Verletzers, auf seinen guten Glauben, Gewicht zu legen. Dieser war aber beim Empfang des Briefes der Klägerin vom 21. 11. 1927 zerstört, zumindest aber erschüttert." In diesem Urteil ist wieder einmal von der Priorität die Rede. „Die Priorität für das als Kennzeichen ihres Unternehmens in Deutschland verbreitete Firmenschlagwort ‚Nordsee' kommt ganz unzweifelhaft der Klägerin zu und ihr muß der Beklagte, vorbehaltlich der Frage der Erwerbung eines schutzwürdigen Besitzstandes, weichen". In diesem Urteil wird also nicht allein auf die Frage der Priorität abgestellt, wie im Salem-Aleikum-Urteil, aber sie tritt neben der Berücksichtigung des Besitzstandes wieder stärker hervor.

Die Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung ist also nicht stetig nach einer Richtung hin verlaufen. Vielfach zeigen sich beim Vergleich einzelner Entscheidungen Widersprüche, die in späteren Entscheidungen wieder behoben werden. Aber einzelne Grundsätze kehren in allen Entscheidungen wieder, sodaß gerade unter Berücksichtigung der mannigfaltigen Entwicklung und Förderung der Verwirkungslehre durch die Rechtsprechung Reimer es versucht hat, sog. Verwirkungsnormen aufzustellen.[36])

[34]) Besonders in der Nordsee-Entscheidung vom 17. 6. 1932 in GRUR. 1933/65.

[35]) In dem Urteil vom 10. 5. 1932 in GRUR. 1932/872 wurde der Verwirkungseinrede stattgegeben wegen des erworbenen Besitzstandes, ohne auf subjektive Erfordernisse einzugehen, unter Hervorhebung des Interessenausgleiches, d. h. des Grundsatzes, daß es auf eine gerechte Lösung unter Abwägung aller hier beteiligten Interessen auf Grund des § 242 BGB. ankomme.

[36]) Auch Isay (GRUR. 1928/73, 245, 421. Rechtsnormen 139 ff. 217 ff.) steht auf dem Standpunkt, daß der allgemeine Tatbestand des § 1 UWG. in einzelne Sondertatbestände aufzuteilen

Ehe jedoch auf diese eingegangen werden kann, sind vorher einzelne Grundbegriffe der Verwirkungslehre zu untersuchen. Es sind dies insbesonders die Begriffe des wettbewerblichen Besitzes, des Besitzstandes, der eigentlichen Verwirkung und ihre Stellung zueinander. Aber nicht nur die Begriffsbestimmungen und die ihnen zu Grunde liegenden Tatbestände sind zu prüfen. Weit wichtiger ist es, die rechtliche Herleitung derselben zu untersuchen und sie mit ähnlichen Rechtsgrundsätzen zu vergleichen.

II. Kapitel: Der wettbewerbliche Besitzstand.

a) Der wettbewerbliche Besitz im Gegensatz zum sachenrechtlichen. Der wettbewerbliche Besitz als Voraussetzung zum Besitzstand.

In den meisten Entscheidungen, die sich mit der Verwirkung im Wettbewerbsrecht befassen, ist die Rede vom Besitzstand, aber auch allein vom „wertvollen Besitz", der in Gegensatz zum formalen Warenzeichenrecht gesetzt wird und von dem gesagt wird, „daß es unbillig erscheine, daß auf Grund eines eingetragenen Warenzeichens ein für die Beklagte wertvoller Besitz zerstört wird." (GRUR. 1930/323) Es lassen sich aber auch Stimmen hören, die von einem wettbewerblichen Besitz[37]) oder wettbewerblichen Besitzstand[38]) nichts wissen wollen. Dem gegenüber ist zunächst die Frage aufzuwerfen, ob es einen wettbewerblichen Besitz gibt. Diese Frage ist zu bejahen.

Der wettbewerbliche Besitz hat nichts gemeinsam mit dem sachenrechtlichen Besitz der §§ 854 ff. BGB. Der BGB.-Besitz ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, während sich, falls man einen wettbewerblichen Besitz anerkennen will, dieser sich doch auf unkörperliche Gegenstände bezieht und zwar auf im geschäftlichen Verkehr als Bezeichnung oder Kennzeichnung von Betrieben oder Waren dienende Erscheinungen. Der wettbewerbliche Besitz kann nur in einer nach außen in Erscheinung tretenden Benutzung einer Kennzeichnung liegen.

Aber noch ein grundlegender Unterschied zwischen dem Sach- und dem wettbewerblichen Besitz besteht: der Schutz, der dem Besitzer in Form der Selbsthilfe (§ 859 BGB.), des Klageschutzes (§§ 861 — 64 BGB.) und des Anspruches auf Aufsuchung und Wegschaffung einer Sache (§ 867 BGB.) gegeben ist, deutet daraufhin, daß der rechtmäßige Besitzer jeden Dritten von seinem Machtbereich,

---

ist, weil sich somit die Rechtsprechung durch bestimmte Normen selbst kontrollieren könne. Auch Hagens (Mu.W. 1927/28 S. 562), der sich zwar in erster Linie gegen die Abnutzung des Sittenwidrigkeitsbegriffes wendet, spricht von der Aufgabe der Rechtsprechung, für den Einzelfall eine Normung zu finden, die aus § 1 UWG. erwächst.

[37]) Baumbach, Kom. S. 108 unten: „Von Besitz läßt sich aber im Wettbewerb nicht reden. Die Wahl immer neuer Fachbezeichnungen für alte Begriffe verwirrt."

[38]) Vergl. Furler, S. 4.

der überhaupt nur als einmalig bestehender Tatbestand gerade über diese Sache denkbar ist, auszuschließen imstande ist. Dieses Merkmal des Sachbesitzes kann jedoch keine Rolle im Wettbewerbsrecht spielen, denn es gibt kein Mittel, daß nur ein Einziger Alleinbesitzer einer Kennzeichnung sein könnte, weil jeder Dritte in der Lage ist, dasselbe Kennzeichen zu gebrauchen. So, wenn ein Kaufmann die Papiere, in denen er seine Waren abgibt, mit einem Zeichen versieht und in den Verkehr bringt, während ein anderer dasselbe Zeichen z. B. auf den Briefköpfen seiner Firma gebraucht und insofern beide Male eine Ingebrauchnahme des Besitzgegenstandes im geschäftlichen Verkehr vorliegt.[39]) Eine solche Ingebrauchnahme allein ergibt noch keinen Besitz. Es muß vielmehr eine länger dauernde unangefochtene Benutzung vorliegen. Ob eine für den Besitzerwerb ausreichende Benutzung gegeben ist, muß in jedem Einzelfalle geprüft werden und läßt sich nicht durch eine generelle Norm beschreiben. In welcher Weise der Dritte das Zeichen aufgenommen hat, rechtmäßig oder unrechtmäßig, spielt für den Tatbestand des Besitzes, der sich als bloße Sachlage mit möglicherweise rechtlichen Folgen darstellt, keine Rolle. Besitz in diesem Sinne ist bei Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr vorhanden, sofern ein Besitzwille, auf Benutzung gerichtet, vorhanden ist. Verloren wird der wettbewerbliche Besitz durch dauernden Nichtgebrauch des Zeichens, gleichgültig ob das Aufhören des Gebrauchs mit oder ohne Willen des Besitzers erfolgt.

Es ist nicht möglich, einen wettbewerblichen Besitzschutz im Sinne des umseitig erwähnten Sachbesitzes zu gewähren, weil beim Sachbesitz von der Tatsache eines einzigen unmittelbaren Besitzes, d. h. nur einmal bestehenden Besitztatbestandes, ausgegangen werden kann und für den Sachbesitz eine Vermutung seiner Rechtmäßigkeit allein auf der Tatsache des Besitzes besteht, während das bei dem an demselben Gegenstand möglicherweise unendlich oft bestehenden wettbewerblichen Besitz undenkbar ist.

Da das Zeichen stets auf die Herkunft einer Ware aus einem bestimmten Betrieb hinweist, bleibt der Besitz an einem Zeichen stark verbunden mit diesem und folgt diesem, geht mit der Übertragung des Betriebes über, gleichgültig, ob es sich um einen Übergang auf rechtsgeschäftlicher Grundlage oder kraft Erbganges handelt.

Es besteht fernerhin zwischen Wettbewerbs- und Sachbesitz insofern ein wesentlicher Unterschied, als es bei letzterem gleichgültig ist, ob die Intensität der Herrschaft über eine Sache eine äußerst starke oder schwache ist. Unterschiedlich rechtliche Folgen sind beim Sachbesitz nicht vorhanden. Dagegen spielt die Intensität des Besitzes eine beachtliche Rolle in der Lehre vom Besitzstand: Das Zeichen kann bei stärkerem Besitz schneller Verkehrsanerkennung erlangen. Allein einen besonders intensiven Besitz als Besitzstand zu bezeichnen, ist deshalb unmöglich, weil sich der Besitz graduell wegen der verschiedenartig gelagerten Einzelfälle rechtlich nicht besonders be-

[39]) Es entsteht hier kein Mitbesitz, vielmehr erwirbt jeder Betrieb einen selbständigen Besitz, weil Gegenstand des Besitzes keine Sache, sondern etwas Unkörperliches ist. Ebenso gibt es keinen Teilbesitz, da der Gebrauch auch nur eines Teils diesen Teil verselbständigt. Die gegenteilige Ansicht vertritt Siegmund Herzog, Dissertation S. 33, der Mitbesitz bejaht.

urteilen läßt. Unter dem Besitzstand kann man nur die Verkehrsgeltung bezeichnen, die ein Zeichen besitzt[40]), der Besitz ist in jedem Falle Voraussetzung für einen Besitzstand, er führt erst zu einem wertvollen Besitzstand[41]) gleichgültig, ob es sich um einen starken oder schwachen Besitz handelt.

b) Die Voraussetzung des Besitzstandes und sein Umfang.

1. Der Besitzstand verlangt eine bestimmt geartete Geltung des Besitzes.

Die Verkehrsgeltung oder der Besitzstand setzt nicht nur einen wettbewerblichen Besitz voraus, sondern auch eine bestimmt geartete Geltung dieses Besitzes. Erst beide zusammen lassen die Verkehrsgeltung eines Zeichens entstehen. Versieht der Verkäufer seine Ware, die er in den Verkehr bringt, mit einem Zeichen, so hat er einen Besitz an diesem, das aber erst Verkehrsanerkennung dann erlangt hat, wenn die Käufer der mit dem Zeichen versehenen Ware annehmen, diese stamme gerade aus dem Betriebe des Verkäufers. Verkehrsanerkennung liegt also dann vor, wenn die Käufer allein auf Grund des Zeichens eine Vorstellung über die Beschaffenheit, die Güte und Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betriebe haben, ohne hierbei wissen zu müssen, wie groß dieser Betrieb ist, wem er gehört, wo dieser Betrieb geführt wird.[42]) An Gedankenbehauptungen und Ideen kann sich eine Verkehrsgeltung nicht bilden,[43]) sondern nur an Kennzeichnungsmitteln. Die Verkehrsanerkennung ist dieselbe wie in § 15 WZG., d. h. die Verletzungsbezeichnung muß innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Waren der Verletzten gelten, und zwar muß auf Grund der erfolgten Benutzung die Anerkennung geschaffen worden sein.[44]) Als beteiligte Verkehrskreise rechnen in erster Linie alle Personen, die in unmittelbarer Beziehung zu diesem Betriebe stehen, d. h. die Verbraucher, die Lieferanten, die Abnehmer und die Zwischenhändler,[45]) aber auch die Konkurrenten des Zeicheninhabers. Auch bei der Konkurrenz kann sich ein Zeichen durchsetzen.[46])

2. Der Umfang der Geltung.

Es wäre falsch, zu verlangen, daß sich das Zeichen innerhalb eines der beteiligten Verkehrskreise und bei allen ihn angehörigen Personen, z. B. beim gesamten Verbraucherpublikum durchgesetzt haben muß. Vielmehr genügt die Durchsetzung bei einem nicht unerheblichen Teil der zugehörigen Personen.[47]) Noch weniger kann verlangt werden, daß eine Durchsetzung bei allen beteiligten Verkehrs-

---

[40]) Ebenso RG. in GRUR 32/308 .... „Maßgebend ist ..., ob sich eine Verkehrsgeltung der vom Verletzten mißbrauchten Bezeichnung für sie herausgebildet hat, d. i. der sog. wertvolle Besitzstand."

[41]) Vergl. hierzu Reimer, Kom. S. 168.

[42]) Vergl. Ulmer a.a.O., S. 26 ff.

[43]) RG. in GRUR. 31/1003.

[44]) Reimer, Kom. 167/8.

[45]) Ebenso Callmann, Kom. § 16, 31. Seligsohn § 15, 20.

[46]) A. A. Hagens § 15, 12.

[47]) RG. in LZ. 1930/1251 und in Mu.W. 1931/264.

kreisen stattgefunden habe,[48]) man würde sich mit dieser Forderung gegen den Wortlaut des Gesetzes stellen. § 15 WZG. und § 16 Abs. 3 UWG. sprechen ebenfalls nur von einer Geltung „innerhalb beteiligter Verkehrskreise". Man wird bei einer Durchsetzung innerhalb eines engbegrenzten Verkehrskreises, z. B. Berufskreises, zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die Durchsetzung um so stärker sein muß, je kleiner der Kreis ist,[49]) um somit zu einem gerechten Interessenausgleich zwischen Verletztem und Verletzendem zu kommen. Gleichgültig ist es, ob es sich um eine örtlich beschränkte oder unbeschränkte Verkehrsgeltung handelt. In beiden Fällen erwachsen gleichartige Rechte. Da aber der Besitzstand als Grundlage für den Erwerb eines Warenzeichens dienen kann, und somit weitgehende rechtliche Folgerungen hervorzubringen imstande ist, wird man im Hinblick auf diese fordern müssen, daß sich der Besitzstand zumindest auf ein Stadtgebiet erstreckt.[50])

c) Das Wesen des Besitzstandes.

1. Die Notwendigkeit, die Lehre vom Besitzstand und der Verwirkung besonders zu betrachten.

Vergleicht man die Untersuchungen über den Besitzstand mit den im Abschnitt I c angeführten Entscheidungen, so kann schon hier, ehe auf das Wesen der Verwirkung eingegangen worden ist, gesagt werden, daß der Besitzstand und die Verwirkung nicht miteinander vermengt werden dürfen, sondern daß dem Besitzstand eine selbständige rechtliche Bedeutung zukommt.[51]) Der Besitzstand beruht auf dem wettbewerbsrechtlichen Besitz, auf Arbeit und Kosten seines Herstellers. Für den Eintritt der Verwirkung ist stets das Verhalten des Verletzten maßgebend, sein langes Zuwarten wird ihm zum Vorwurf gemacht. „Für den Erwerb des Besitzstandes sind dagegen allein entscheidend die Handlungen dessen, der ihn geschaffen hat, sei es auch — was durchaus nicht stets der Fall zu sein braucht — unter Ver-

---

[48]) Das RG. (GRUR. 1932/308) spricht von einem überwiegenden Teil der in Betracht kommenden Abnehmerkreise, der in der Bezeichnung einen Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen erblicken muß.

[49]) Eine stärkere Durchsetzung wird man z. B. dann annehmen können, wenn die Mitglieder dieses Berufskreises nicht nur eine Vorstellung über die Herkunft und Güte der Ware haben, sondern darüber hinaus wissen, wem dieser Betrieb gehört, wo er geführt wird, vielleicht sogar, wie die Ware hergestellt wird usw.

[50]) Ähnlich RG. in Mu. W. 31/264/65. „In Magdeburg und dessen näherer Umgebung". Ferner Furler S. 19.
Auch hierin war die Rechtsprechung nicht einheitlich. Im Mönchsbräu-Urteil vom 21. 6. 1929 in GRUR. 1929/1044 wird lokale Verkehrsgeltung anerkannt, dagegen in der Marienbad-Entscheidung (GRUR. 1932/308) eine rein lokale Verkehrsgeltung als nicht ausreichend für die Verwirkungseinrede erachtet.

[51]) „Beide Rechtsinstitute haben ihre selbständige Bedeutung". Ruth, JW. 1934/543.

letzung bereits bestehender Rechte oder Rechtsgüter".[52]) Ruth weist mit Recht daraufhin, daß es aus diesem Grunde, eben weil es beim Erwerb des Besitzstandes lediglich auf das Verhalten des Verletzers ankommt, abwegig ist, die Entstehung des Besitzstandes abhängig zu machen von subjektiven Voraussetzungen in der Person des Verletzten, von seinem Untätigbleiben trotz Kenntnis oder fahrlässiger Nichtkenntnis des in der Entstehung begriffenen Besitzstandes.

Aus den angeführten [52a]) Entscheidungen ging hervor, daß die Verwirkungseinrede des Beklagten den Kläger an der Ausübung seiner Rechte hinderte oder sogar zur Vernichtung dieser Rechte führte.[53]) Im Gegensatz zu diesem Rechtsverlust bezw. zu der Beschränkung der Rechte führt der Besitzstand zum Erwerb von Rechten und Rechtsgütern, nämlich durch die Verkehrsanerkennung, die einem Zeichen geschaffen wird, entsteht ein wettbewerbsrechtliches Kennzeichnungsrecht genau so, wie durch die Eintragung in die Warenzeichenrolle des Patentamts. Durch diesen Erwerb von Rechtsgütern wird nicht, wie bei der Verwirkung, das gegnerische Recht vernichtet oder eingeschränkt, es wird dasselbe nicht angetastet, wenngleich dieser Erwerb von Rechtsgütern praktisch den Geltungsbereich des gegnerischen Besitzstandes einzuschränken vermag.

Aus diesen Unterschieden zwischen Verwirkung und Besitzstand ergibt sich die Notwendigkeit, beide Tatbestände ihrem Wesen nach besonders zu untersuchen.

2. Die Vorschriften der Ersitzung finden keine Anwendung.

Die rechtliche Herleitung des Besitzstandes bereitet Schwierigkeiten. Es erhebt sich also die Frage, mit welchen Rechtsnormen der Besitzstand Ähnlichkeit besitzt, um entsprechende Vorschriften des geltenden Rechts auf die für den Besitzstand in Betracht kommenden Tatbestände anwenden zu können. Es soll zunächst geprüft werden, ob sachenrechtliche Grundsätze zur entsprechenden Anwendung gelangen können.[54]) Abzulehnen ist die Ansicht, daß sich der Besitzstand auf eine Art von Ersitzung gründen läßt. Reimer[55]) weist mit Recht darauf hin, daß schon eine große Leistung nötig ist, wenn jemand seiner Bezeichnung Verkehrsanerkennung verschafft hat, so daß sich die Schutzwürdigkeit allein dieses Tatbestandes ergibt, und es gerade in Anbetracht der Kosten und Arbeit des Erwerbers zur Schaffung des Besitzstandes gleichgültig sein muß, ob kurzer oder langer Zeitraum zu der Schaffung des Besitzstandes gebraucht wurde, und wie lange der Besitzstand bestanden hatte. Zur Durchsetzung des Zeichens im Verkehr ist vielmehr die gerade erworbene Verkehrsanerkennung aus-

---

[52]) Ruth, JW. 1934/288.

[52a]) I. Kap. u. c).

[53]) Z. B. wenn auf die Widerklage des Beklagten das Klagzeichen in der Warenzeichenrolle gelöscht wird. Vergl. hierzu RG. 111/192, u. RG. in GRUR. 1929/932.

[54]) Zu der Frage, daß die analoge Anwendung gewisser Bestimmungen des Sachenrechts auf das Wettbewerbsrecht möglich ist, vergl. Baumbach Kom. S. 137.

[55]) Reimer, Kom. S. 168.

reichend, schon dann sieht der Käufer dieses Zeichen als einen Hinweis auf eine bestimmte Betriebsstätte an, ohne dabei den Namen oder die Firma des Inhabers kennen zu müssen. Gerade die Krenterentscheidung,[56]) in der an dem Indianerzeichen für Zigarren Verkehrsgeltung schon an einem Tage erworben wurde, beweist, daß der Erwerber die Anerkennung nicht erst ersessen, d. h. eine von vornherein feststehende Zeit in Besitz gehabt haben muß, daß es somit keinen ersessenen, sondern nur einen erworbenen Besitzstand gibt. Auch spricht gegen eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über die Ersitzung das von Ruth vorgetragene Bedenken.[57]) Ruth weist mit Recht daraufhin, daß der Besitz an einer Sache zwar allemal erkennbar und beweisbar ist. Man käme aber in Anbetracht der Tatsache, daß sich die Verkehrsgeltung einer Warenbezeichnung objektiv schwer feststellen läßt und man zu dieser Feststellung auf subjektive Meinungen und Zufallsergebnisse von Umfragen angewiesen ist, zu unerfüllbaren Anforderungen an die Dauer des ungestörten Besitzstandes und an die Gutgläubigkeit des Erwerbers. Man würde das Institut des Besitzstandes praktisch wertlos machen, wenn man den Besitzstand mit den Grundsätzen der Ersitzung erklären wollte.

3. Die Vorschriften über die Verarbeitung finden Anwendung.

Zu einem befriedigenden Ergebnis kommt man jedoch, wenn man § 950 BGB., die Grundsätze über die Verarbeitung, für die rechtliche Herleitung des Besitzstandes anwendet. Und das mit großer Berechtigung allein deshalb, weil die Verarbeitung eine reine Tathandlung ist, die Entstehung und Herstellung des Besitzstandes aber ebenfalls eine rechtserhebliche Tatsache darstellt. Sowohl für das Institut der Verarbeitung[58]) als auch für das des Besitzstandes kommt es also auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers nicht an. Über den Ausdruck „Herstellung einer neuen beweglichen Sache" im § 950 BGB. und über die Frage, wann der Erwerber eine genügend große Leistung aufgewendet und somit einen Besitzstand erlangt hat, entscheidet lediglich die Verkehrsauffassung.

Auch dem entsprechenden Erfordernis des § 950 BGB., daß eine „neue bewegliche Sache" hergestellt werden muß, wird bei der Schaffung des Besitzstandes Genüge geleistet. Schafft sich der Beklagte einen Besitzstand an einem Zeichen, so entsteht für ihn in Bezug auf die Rechtslage des erworbenen Besitzstandes im Verhältnis zu der Rechtslage in einem früheren Zeitpunkt als auch in Bezug auf ein etwa kollidierendes älteres Zeichen des Klägers ein völlig neuer Wertgegenstand.

Der Besitzstand, der auf der erworbenen Verkehrsgeltung und diese hinwiederum in der Regel auf erheblichen Aufwendungen des Produzenten an Arbeit und Kosten beruht, stellt für den Erwerber ein absolutes Recht dar, das er vordem noch nicht besessen hat. Ebenso wie der, der durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer

[56]) RG. Mu.W. 32/279.
[57]) Ruth JW. 1934/543.
[58]) Vergl. Loewenwarter zu § 950.

Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, unter gewissen Voraussetzungen Eigentum an der neuen Sache (§ 950 BGB.) und damit ein absolutes Recht erwirbt, so erwirbt derjenige, der sich den Besitzstand geschaffen hat durch diesen Eigentum an dem Zeichen, dieses wird Bestandteil seines Unternehmens, was bislang nicht der Fall war. Ebenso wie im § 950 BGB. das Wertverhältnis zwischen geleisteter Arbeit und der geschaffenen Sache für den Eigentumserwerb von entscheidender Bedeutung ist, so erwirbt der Hersteller des Besitzstandes nur dann ein vollwertiges Zeichen, falls er sich einen „wertvollen" Besitzstand geschaffen hat, über dessen Vorhandensein im Einzelfall zu entscheiden ist.

Allein in der Person des Verletzers des älteren Klagzeichens liegt also im Verhältnis vom früheren Rechtszustand, als er noch kein Warenzeichen besaß, zum späteren, in dem er einen wertvollen Besitzstand und damit ein vollwertiges Zeichen erlangt hat, das entsprechende Erfordernis des § 950 BGB. der Herstellung einer „neuen beweglichen Sache" vor; aber auch hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Verletzer und dem Verletzten ist das der Fall. Auf Grund des erworbenen Besitzstandes ist der Verletzer berechtigt, sein Warenzeichen zu führen, das mit dem vielleicht gleichlautenden oder doch verwechslungsfähigen Zeichen des Klägers nicht wesensgleich ist. Das Zeichen des Klägers beruht auf dem Staatsakt der Eintragung, das Zeichen des Beklagten auf Arbeit und Kosten. Schon die Verschiedenheit der Grundlagen, auf denen sich die beiden Zeichen aufbauen, beweist, daß insofern nicht von ein und demselben Recht gesprochen werden kann. Es ist vielmehr ein neues Recht beim Verletzer entstanden. Der Verletzer kann nunmehr vom Verletzten nicht mehr gezwungen werden, sein Zeichen nicht länger zu benutzen, kann aber gegen einen Dritten, der sein Zeichen zunächst dadurch stört, daß dieser seinerseits versucht, sich einen Besitzstand hinsichtlich des gleichlautenden oder ähnlich klingenden Zeichens zu schaffen, auf Unterlassung klagen oder ihn sogar wegen Schadensersatzes in Anspruch nehmen. Man wird ihm aber nicht ein Klagrecht auf Löschung des vorher eingetragenen Warenzeichens zusprechen können, da ja dieses ebenfalls — und zwar durch die erfolgte Eintragung — zu Recht besteht. Beide Zeichen, die ja, wie dargelegt, von einander völlig verschieden sind, bestehen also nebeneinander. Daraus folgt aber zugleich, daß auch der Verletzte selbst nach der Herstellung eines wertvollen Besitzstandes durch den Verletzer gegen Dritte mit der Unterlassungs- und Löschungsklage auf Grund seines eingetragenen Warenzeichens weiter vorgehen kann. Das Recht als solches ist bei ihm verblieben, nur gegenüber dem Verletzer hat er die Möglichkeit verloren, es durchzusetzen.

Wie im germanischen Recht vorfränkischer Zeit Wald und Weide zwar grundsätzlich als Almende im Gemeineigentum und in der Nutzung der Markgenossenschaft blieb, jedoch die Urbarmachung von Wald- und Ödland, der sogenannte Bifang dem Unternehmer Privateigentum an diesem Lande verlieh,[59]) so ist es auch mit dem Schutz

[59]) Vergl. Hübner S. 133. Diese Befugnis Markgebiet zu roden und sich einzufangen („Bifang") kommt in dem deutschrechtlichen Rechtssprichwort zum Ausdruck: „Reiß an der Frucht".

des Arbeitsergebnisses im Warenzeichenrecht: Hat dieses Arbeitsergebnis zu einem wertvollen Besitzstand geführt, so wird dessen Erwerber rechtmäßiger „Eigentümer" des Warenzeichens.

Aber nicht nur diese Gleichheit mehrerer Voraussetzungen des Besitzstandes und der Verarbeitung spricht für die analoge Anwendung des § 950 BGB., sondern dem Verletzten wird auch durch §§ 950/51 BGB. ein guter Ausgleich geschaffen: Hat sich nämlich ein Besitzstand an einem Warenzeichen, einer Ausstattung und dergleichen gebildet, so steht nichts im Wege, dem Verletzten einen Bereicherungsanspruch nach § 951 BGB. zuzubilligen. Mit Recht weist Ruth[60]) jedoch darauf hin, daß der Verletzte mit der Geltendmachung dieser Ansprüche nicht säumig sein darf, weil ihr sonst wieder die Verwirkung als Schranke der Rechtsausübung sowohl für die Bereicherungsansprüche, als auch für die nach § 951 Abs. 2 BGB. bestehenden Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung entgegenstehen würde.

III. Kapitel: Die Verwirkung.

a) Ihre Voraussetzungen im allgemeinen.

Die Verwirkung im Warenzeichenrecht setzt mehrere im Wettbewerb stehende Betriebe voraus, deren geschäftliche Belange sich hinsichtlich der Führung eines Warenzeichens insofern überschneiden, als das Warenzeichen des einen Unternehmers mit dem eines anderen in Bezug auf die äußere Erscheinungsform ganz oder teilweise identisch oder verwechslungsfähig ist. Die Verwirkung erfordert somit eine Interessenkollision. Aus diesem Grunde ist es notwendig, bei der Betrachtung der Verwirkung auf die besonderen Umstände sowohl in der Person des Verwirkenden als auch in der Person des Erwirkenden einzugehen.[61]) Das Reichsgericht[62]) vertrat früher denselben Standpunkt und betonte, „daß das gesamte Verhalten der beteiligten Parteien in Betracht gezogen werden müsse, nicht nur das des Verletzten, sondern ebenso sehr das Verhalten desjenigen, dem der Vorwurf des unlauteren Wettbewerbs gemacht wird." Schon die angeführten Entscheidungen[62a]) haben zur Genüge gezeigt, daß man gerade dem Verletzten den Vorwurf des zu langen Zuwartens machte. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb lediglich auf die besonderen Umstände auf Seiten desjenigen, der sich auf die Verwirkung beruft, also des Verletzers, abzustellen wäre.[63])

Auch aus einem anderen Grunde folgt die Notwendigkeit, die Tätigkeit und die innere Einstellung auf diese Tätigkeit bei beiden Wettbewerbern zu betrachten. Ist die Verwirkungseinrede begründet, so erleidet der Verwirkende entweder einen absoluten Rechtsverlust, d. h. er muß auf die Widerklage des Erwirkenden sein Zeichen löschen lassen, wie es in den Goldina- und Uhu-Entscheidungen der Fall war,[64])

[60]) Ruth, JW. 1934/288.
[61]) Reimer, Kom. S. 167 und 171, der ebenfalls die Voraussetzungen bei beiden Beteiligten prüft.
[62]) RG. in GRUR. 1930/538.
[62a]) Vergl. Kap. I c.
[63]) RG. in GRUR. 1932/78. Vergl. aber hierzu den Abschnitt III 2 über die rechtliche Herleitung der Verwirkung.
[64]) RG. 111/192 und RG. in GRUR. 1929/932.

oder aber er erleidet nur eine Beschränkung in der Ausübung seines Warenzeichenrechts, d. h. der Verletzte kann dem Verletzenden die Führung seiner jüngeren verwechslungsfähigen Bezeichnung nur nicht untersagen.[65]) Es folgt daraus, daß die Verwirkung dem Beklagten die Möglichkeit gibt, sich im gleichen Rahmen und Umfang zu betätigen, wie der Kläger durch die Verwirkung in seinem Rechte beschränkt wird.[66])

J. Seligsohn in GRUR 1930/107 hat behauptet, daß die Verwirkungseinrede nur insoweit reiche, wie dies dem im Zeitpunkt seiner Geltendmachung erlangten wertvollen Besitzstand entspreche. Und zwar gelte dieser Grundsatz sowohl in sachlicher als auch in örtlicher Beziehung, es sei denn, daß zwingende wirtschaftliche Gründe dafür sprechen, dem Verletzer eine gewisse Ausdehnung über seinen bis dahin erworbenen Besitzstand hinaus zu gestatten. Z. B. sei es unbillig, der Verwirkungseinrede nur für Württemberg stattzugeben, wenn der Verletzer schon in Berlin erhebliche Arbeit geleistet habe, um auch hier dem Zeichen Verkehrsanerkennung zu verschaffen.

Hierin tritt die Vermengung des Besitzstandes mit der Verwirkung hervor, die bereits im II. Kapitel abgelehnt wurde. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht zeigt sich darin, daß zum Erwerb des Besitzstandes mehr gehört, als daß bloß der Gegner sein Recht verwirkt hat. Der Verletzende muß sich ein absolutes Recht, den Besitzstand, durch intensive Tätigkeit schaffen. Zum Durchgreifen der Verwirkung gehört, wie noch darzulegen sein wird, lediglich die aus besonderen Umständen zu folgernde Pflicht des Verletzten, sein Recht geltend zu machen, was er jedoch unterlassen hat, ohne Rücksicht auf den Besitzstand. Es ist durchaus nicht gesagt, daß der Verletzende, der sich auf Verwirkung beruft, schon einen eigenen Besitzstand erlangt hat. Ist aber letzteres der Fall, so hat er die Verwirkungseinrede nicht nötig, um dem klägerischen Anspruch abzuwehren.

b) Die Voraussetzungen auf Seiten des Verletzten.

1. In objektiver Hinsicht.

Die erste Voraussetzung ist die Untätigkeit des Verletzten. Er übt sein Recht nicht oder nicht genügend aus. Letzteres liegt dann vor, wenn er sein Zeichen nur geringfügig benutzt oder dem Mitbewerber

---

[65]) Über die Folgen der Verwirkung im einzelnen, vergl. unten Kap. III e.

[66]) Es handelt sich hierbei jedoch nur um die rein wettbewerbliche Verwirkung, nicht dagegen um vertragliche oder durch Urteil festgestellte Ansprüche. Es widerspräche dem Wesen eines Vertrages, der doch zunächst für die Dauer geschlossen wird und der Rechtskraft eines Urteils, die gerade für alle Zukunft Streitigkeiten über den im Urteil ausgesprochenen Anspruch ausschließen will, die Verwirkungslehre auf diese anzuwenden. Denn sie baut doch gerade auf der Schnell-Lebigkeit und Veränderlichkeit wettbewerblicher Erscheinungen und dem Wechsel der tatsächlichen Grundlagen auf. — Diese Ansicht ist bestritten. RG. in Mu.W. 1931/98 will sie nur „in aller Regel" gelten lassen und Reimer sie z. B. bei einem 25 Jahre alten Urteil durchbrochen wissen (Reimer Kom. S. 175).

gegenüber sein Recht nicht geltend macht.[67]) Wie lange sich dieses Zuwarten erstrecken muß, kann nur an Hand des einzelnen Falles unter Berücksichtigung aller Tatumstände festgestellt werden. Es kommt, wie schon hervorgehoben, für die Verwirkung nicht auf die Frage an, was in dieser Hinsicht lange oder kurze Zeit ist, „um einen für den Beklagten wertvollen Besitzstand als vorhanden anzusehen, dessen nachträgliche Zerstörung nicht mehr mit der Notwendigkeit eines Verbots unlauteren Verhaltens gerechtfertigt werden könnte."[68]) Auch ist es nicht richtig, wenn das Reichsgericht die Zulässigkeit einer Rechtsverfolgung des Klägers aus dem Gesichtspunkt der Verwirkung verneint hat, falls sie so spät erfolgte, daß der Beklagte seinen mit Mühe und Kosten geschaffenen „Besitzstand" für einen vom Kläger geduldeten und erlaubten ansehen dürfte.[69])

Hierin zeigt sich lediglich die unzulässige Vermengung der Lehre vom Besitzstand mit der von der Verwirkung.[69a])

Ebenso wie das Reichsgericht mit der unzulässigen Vermengung beider Institute folgerichtig in den einzelnen Verwirkungsentscheidungen im Hinblick auf die Zeitdauer zu von einander völlig abweichenden Ergebnissen gekommen ist,[70]) so wird man auch bei Ablehnung dieser Vermengung keine feste Regel hinsichtlich der Zeitspanne, in der das Zuwarten die Verwirkung begründet erscheinen läßt, aufstellen können. Es ist vielmehr von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu entscheiden, ob die Voraussetzung des langen Zuwartens gegeben ist (vergl. auch unter III 2).

Ehe die Verwirkungslehre im gewerblichen Rechtsschutz mit Hilfe der Verquickung mit dem Besitzstand anerkannt wurde, stellte das Reichsgericht — wie erwähnt — bei der Lösung der Folgen des langen Zuwartens des Anspruchberechtigten auf die Entwicklung der Verwechselbarkeit ab. „Die Verwechselungsfähigkeit gehe verloren, wenn die beiden Zeichen längere Zeit hindurch unbeanstandet nebeneinander bestanden hätten".[71])

Dieser Gedanke ist später wieder aufgegeben worden. Er war unbrauchbar, die Lehre von der Verwirkung zu begründen. Denn wenn das Klagzeichen und das von dem Verletzer gebrauchte Zeichen

---

[67]) RG. in GRUR. 1931/775.

[68]) So z. B. Cahn in Mu.W. 1932/329.

[69]) Urteil vom 27. 10. 1931 in GRUR. 1927/987.

[69a]) Vergl. ferner Krause, Schweigen S. 176, der ebenfalls beide Begriffe miteinander verquickt.

[70]) So z. B. im Urteil vom 5. 12. 1930 — GRUR. 1931/397 wird bei vierjährigem Gebrauch die Entstehung des Besitzstandes als fraglich bezeichnet, im Jakoby-Fall — GRUR. 1931/775 bei derselben Zeitspanne ohne Beweisaufnahme als vorhanden erachtet. Im Falle Nordsee sind 4 Jahre „Nicht entfernt lange genug". Im Streublümchen-Urteil — JW. 1931/1903 reichen 2 ½ Jahre aus, in der Gramofox-Entscheidung, RG. 114/360 sogar 6 Monate.

Schumann in GRUR. 1933,93 hat unter anderem hieraus den Zusammenbruch der Verwirkungslehre, insbesondere der Verwirkungsnormen von Reimer, gefolgert. Dem wird wohl nicht zugestimmt werden können. Vergl. hierzu unten III c.

[71]) Vergl. hierzu RG. 100/265.

identisch waren, so versagte dieser Gedanke völlig.[72]) Ob eine Verwirkung trotz bestehender Verkehrsverwirrung eintritt, ist, wie schon dargelegt, bestritten. Für die Frage, ob eine Verkehrsverwirrung besteht oder nicht, ist der gesamte Verkehr maßgebend, also die Ansicht der Kunden beider Parteien, aber auch der Nichtkunden. Entscheidend ist, ob die beiden Gewerbebetriebe, die sich der Bezeichnung bedienen, im Verkehr miteinander verwechselt werden können, wenn also zu besorgen ist, daß die beiden Gewerbebetriebe gegenwärtig oder in Zukunft auf demselben Absatzgebiet zusammenstoßen und eine Verwischung ihrer Eigenart in Frage kommt. Reimer bejaht die Frage,[73]) ob bei einer Verkehrsverwirrung eine Verwirkung möglich ist. Er beruft sich auf Seligsohn,[74]) der die Ansicht vertritt, es könne gar keine Rede davon sein, daß sich das Publikum innerhalb eines langen Zeitraumes daran gewöhne, ursprünglich kollidierende Zeichen nicht mehr miteinander zu verwechseln. Der Kreis der Interessenten wechsele stets.

Das Reichsgericht hat diese Frage verneint.[74a]) Auch dieser Gedankengang ist nur erklärlich, weil auch hier die Rechtsbegriffe Besitzstand und Verwirkung durcheinander geworfen werden. Das Reichsgericht meint offenbar, daß bei Verkehrsverwirrung ein Besitzstand sich nicht entwickeln könne, was jedoch unverständlich ist. Es ist doch durchaus möglich, daß trotz eines eingetragenen Zeichens sich jemand durch Arbeitsaufwendung einen Besitzstand verschafft, d. h. seinem mit dem eingetragenen gleich- oder ähnlichlautenden Zeichen Verkehrsanerkennung verschafft, sodaß, trotz des Vorhandenseins des eingetragenen Warenzeichens, die Käufer annehmen, die Waren stammen gerade aus dem Unternehmen des Verletzers.

2. Die Voraussetzungen auf Seiten des Verletzten in subjektiver Hinsicht.

Zu den objektiven Voraussetzungen müssen solche subjektiver Natur hinzukommen. Dadurch wird zwar die Entscheidung der Frage, ob die Verwirkungseinrede begründet ist, im Einzelfall erschwert, jedoch erfordert ein gerechter Ausgleich der widerstreitenden Interessen, auch subjektive Momente auf Seiten des Verletzten nicht unberücksichtigt zu lassen.

Bei der Frage, welche Merkmale diese subjektiven Voraussetzungen enthalten, ist entscheidendes Gewicht darauf zu legen, daß hier nicht das Wollen des Verletzten von Bedeutung sein kann, sondern nur das Wissen. Denn wenn dieser sein Recht aufgeben will, so wird er ausdrücklich oder stillschweigend verzichten.[75]) Und zwar muß es sich um das Wissen von der Tätigkeit des Erwirkenden und um ein Wissen seines eigenen Rechts handeln.[76])

---

[72]) Vergl. hierzu Daffis, GRUR. 1931/801 ff. (813).

[73]) Reimer Mu.W. 1930/515 und Kom. S. 174. Ferner Callmann § 1 Anm. 46.

[74]) Seligsohn, GRUR. 1930/93 ff.

[74a]) RG. 127/32.

[75]) Das Wesen der Verwirkung besteht nicht in einem Verzicht. Vergl. hierzu unten III d, dd.

[76]) Daß in den weitaus meisten Fällen der Verletzte sein eigenes Recht kennen wird, kann keinem Zweifel unterliegen. Es sind

Was das Wissen des Verwirkenden um die Tätigkeit des Verletzers anbetrifft, so spricht eine Vermutung dafür, daß jeder Inhaber eines Betriebes von einiger Bedeutung die Tätigkeit des anderen Wettbewerbes — Reklamegebrauch, Firmierung, Führung eines Warenzeichens usw. — kennt. Man wird das aus der Tatsache, daß zwischen den beteiligten Geschäftskreisen wohl stets ein gewisser Konkurrenzkampf und damit ein Zwang scharfer gegenseitiger Beobachtung in wettgewerblicher Hinsicht besteht, folgern können. Denn es ist selbstverständlich, daß derjenige, der ein Interesse daran hat, einen ihm abträglichen Konkurrenzbetrieb nicht zur Entstehung gelangen zu lassen, ihn mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln bekämpfen wird, woraus sich eine ständige Überwachung und damit eine Vermutung für die Kenntnis des Verletzten ergibt.[77]) Wenn also dieses doppelte Wissen des Verletzten neben den übrigen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegt, so ist der Verwirkungseinrede des Erwirkenden stattzugeben.

Es bestehen aber auch Ausnahmen von dem grundsätzlichen Erfordernis des Wissens des Verletzten von der Tätigkeit des Erwirkenden und zwar in dem Sinne, daß diese Kenntnis nicht erforderlich ist. So z. B. bei einer Verletzung eines nichtbenutzten Zeichens (Vorrats- oder Defensivzeichens)[78]). Würde man bei der Verletzung eines benutzten Zeichens nicht die Kenntnis des Verletzten verlangen,[79]) trotzdem aber der Verwirkungseinrede stattgeben, so würde das auf eine völlige Entrechtung des eingetragenen und benutzten Zeichens hinauslaufen, worauf auch Reimer[80]) hinweist. Dagegen fällt dieses Bedenken weg, wenn es sich um die Verletzung eines ungebrauchten eingetragenen Zeichens handelt. In Anbetracht des Nichtgebrauchs des Zeichens muß bei Verletzung auf Seiten des Beklagten die Tatsache der Eintragung in die Warenzeichenrolle zurückstehen hinter der Tatsache, daß der Verletzte seiner Überwachungspflicht nicht nachgekommen ist, d. h. hinter der Tatsache des langen Zuwartens. Wann dieses lange Zuwarten gegeben ist, wann also die Verwirkungs-

---

Fortsetzung von Fußnote 76.
jedoch Fälle denkbar, in denen der Verwirkende sein Recht nicht kennt. So z. B., wenn der Inhaber einer Ausstattung die sich gleichzeitig als Warenzeichen darstellt, in dem Glauben ist, nur das eingetragene Warenzeichen gebe ihm z. B. einen Unterlassungsanspruch.

[77]) Für den Prozeß ergibt sich somit, daß derjenige Verletzte, der sich auf Nichtwissen beruft, die gegen ihn sprechende Vermutung zu widerlegen hat. So Baumbach, GRUR. 1930/253/54.

[78]) Es sei darauf hingewiesen, daß zwischen benutzten und nichtbenutzten Zeichen in dieser Hinsicht zu unterscheiden ist. Vergl. zu diesem Unterschied Reimer JW. 1928/2064/65. Ferner Reimer Kom. S. 171 und RG. 127/323. Auch Oppenheim Mu.W. 1932/440, der diese Unterscheidung ablehnt, RG. 127/323 spricht trotzdem deutlich von dieser Trennung der beiden Fälle. Auch Furler S. 77 kennt diesen Unterschied nicht.

[79]) So z. B. Oppenheim in Mu.W. 1932/440.

[80]) Reimer Kom. S. 171.

einrede begründet ist, kann nur an Hand des einzelnen Falles unter Berücksichtigung aller Umstände festgestellt werden.[81])

Auch wenn der Verletzer sein Zeichen nur innerhalb eines örtlich beschränkten Gebiets gebraucht hat, in welchem aber der Verletzte niemals sein Zeichen eingeführt hat, so ist auch hier eine Interessenkollision zweier Betriebe möglich, von der oben (III a) die Rede war. Denn diese bedeutete ja nur, daß 2 Zeichen miteinander verwechslungsfähig sind, ohne Rücksicht darauf, daß sie sich tatsächlich innerhalb eines bestimmten Gebietes stören und überschneiden. Allein die Möglichkeit, daß es zu einer solchen Überschneidung kommen kann, reicht für das Vorhandensein der Interessenkollision aus. Wenn somit auch hier die Frage der Verwirkung zu prüfen ist, so muß betont werden, daß eine Kenntnis des Verletzten von der Tätigkeit des Verletzers nicht vorhanden zu sein braucht. Auch ohne diese Kenntnis ist die Verwirkungseinrede begründet, da dem Verletzten eine gewisse Verpflichtung zur Überwachung der auch neu entstehenden Warenzeichen auferlegt werden muß. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so muß diese Unkenntnis zu seinen Lasten gehen.

Schwierig zu beantworten ist die Frage, ob eine Verwirkung dann eintreten kann, wenn das Nichtwissen des Verletzten auf einem Verschulden beruht. Fehlt dem Verletzten das Wissen schuldlos, so versagt jegliche Verwirkungseinrede.[82]) Da von dem schon erwähnten Grundsatz auszugehen ist, daß jedem Betriebsinhaber eine gewisse Aufmerksamkeit auf diesem Gebiet, ja sogar eine Pflicht zur Überwachung, welche geschäftliche Bezeichnung auf seinem Gewerbegebiet Bedeutung haben, zuzumuten ist, so wird man zu dem Schluß kommen, daß auch bei einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Nichtkenntnis die Verwirkungseinrede durchgreift.[83])

Dagegen wird leichte Fahrlässigkeit nicht genügen. So z. B. auch Baumbach Kom. S. 109 C. Er betont, man könne zwar einem Gewerbetreibenden zumuten, Eingriffe in ein fremdes Recht mit aller Sorgfalt zu vermeiden. Es gehe aber zu weit, ihm die gleiche Sorgfalt

---

[81]) Die Rechtsprechung des RG. war in Hinsicht auf das Erfordernis der Kenntnis des Verletzten nicht ganz gleichbleibend. Auch bei dieser Frage werden teilweise Besitzstand und Verwirkung miteinander vermengt. So wird z. B. gesagt, daß bei der Verletzung eines nichtbenutzten Zeichens der Verwirkungseinwand schon dann durchgreift, wenn der Verletzer einen „wertvollen Besitzstand" erworben hat, ohne daß es auf eine weitere Voraussetzung des Verletzers ankäme (RG. 114/316). Die Feststellung der Kenntnis wird z. B. ausdrücklich verlangt im Vox-Urteil RG. 114/316, dagegen nicht mehr mit aller Deutlichkeit in RG. 127/323. Allerdings läßt sich letzteres nicht mit völliger Bestimmtheit behaupten, da aus dem Urteil verschiedene Ansichten herausgelesen werden können, vergl. auch Oppenheim Mu.W. 1932/440.

[82]) Das wird von Seligsohn bestritten, GRUR. 1930/242. Man kann aber der dort vertretenen Anschauung entgegensetzen, daß ohne die Voraussetzung einer Fahrlässigkeit eine sehr große Gefahr für unbillige Entscheidungen bestände, die schließlich auf eine Entrechtung des Berechtigten hinauslaufen würde.

[83]) Ebenso RG. 137/326, Baumbach GRUR. 1930/353, Callmann I 44.

bei der Ermittlung fremder Angriffe anzusinnen. Dieser Ansicht ist zuzustimmen.

c) Die Voraussetzungen auf Seiten des Verletzers.

Der Verletzer muß ein mit dem Zeichen des Verletzten gleichlautendes oder doch verwechslungsfähiges Warenzeichen führen. Keineswegs ist es aber zur Geltendmachung der Verwirkungseinrede nötig, daß dieses Zeichen schon Verkehrsanerkennung, d. h. daß der Verletzer schon einen Besitzstand an diesem Zeichen erlangt haben muß. Denn es wurde ja bereits hervorgehoben, daß der Verletzer, der sich auf Verwirkung beruft, nicht schon einen Besitzstand erlangt haben muß und daß, falls sich bereits ein Besitzstand gebildet haben sollte, der Verletzer die Verwirkungseinrede gar nicht nötig hat, um den Klaganspruch abzuwehren.

Bei diesem Merkmal, der Verletzer müsse das Zeichen wenigstens schon führen, ist aber zu betonen, daß, da ja das Durchgreifen der Verwirkungseinrede geprüft wird, in erster Linie auf das lange Zuwarten des Verletzten einzugehen ist, und falls dieses als vorliegend erachtet wird, nur geprüft zu werden braucht, daß der Verletzer tatsächlich bereits das Zeichen geführt hat ohne Rücksicht darauf, ob diese Zeichenführung lediglich ein Gebrauch oder schon eine Benutzung darstellt. Es wäre ganz falsch, wie schon dargelegt, hier zu prüfen, ob der Besitz an dem Zeichen schon Verkehrsgeltung erlangt habe oder nicht. Lediglich eine Zeichenführung muß vorliegen, die gleichzeitig unter Mitberücksichtigung des langen Zuwartens nach dem Grundsatz von Treu und Glauben einer Prüfung zu unterziehen ist. Was außer dieser Zeichenführung beim Verletzer vorliegen kann, ist hier unerheblich.

Die Zeit der Benutzung durch den Verletzer ist jedoch nicht völlig unerheblich. Ist die Benutzungszeit eine verhältnismäßig kurze, so ist die Wahrscheinlichkeit sehr groß, daß diese Kollision dem Verletzten entgangen ist. In derartigen Fällen wird man daher auf seiner Seite zumeist nicht von grobfahrlässiger Unkenntnis sprechen können, wird also der Wirkungseinrede schon aus diesem Grunde nicht stattgeben.

Was die Kenntnis des Verletzers anbetrifft, so entsteht zunächst die Frage, ob der Verletzer auch dann die Verwirkungseinrede wirksam geltend machen kann, wenn er eine Täuschung des Publikums mittels desselben oder eines verwechslungsfähigen Zeichens bewußt auf Kosten des Verwirkenden herbeiführen wollte. Diese Frage wurde vom Reichsgericht zuerst verneint, indem darauf hingewiesen wurde, daß bei einem unsittlichen Handeln die Verwirkungseinrede nicht begründet sein könne.[84]) Dieser Rechtsprechung lag der gewiß gesunde Gedanke zu Grunde, daß sich auf der Grundlage eines unlauteren Handelns niemals Rechtsansprüche herleiten lassen und daß der wirtschaftliche Wettbewerb kein Wirtschaftskrieg sei, der auf die Vernichtung des Gegners mit jedem Mittel abzielen dürfte.[85]) Was für den

[84]) Vergl. auch Schumann, GRUR. 1933/817: „Es nimmt also der Schutz des Verletzers zu, mit dem Erfolg seines rechtswidrigen Verhaltens."

[85]) So z. B. Callmann, Kom. 2. Auflage S. 55/57.

Wettbewerb im allgemeinen gilt, muß auch für die Verwirkung im besonderen gelten: Jeder Wettbewerb soll ein Wettkampf mit lauteren Mitteln sein.[86]) Der Wettbewerb ist Erprobung und Beweis der eigenen Leistungskraft und hieraus kann mit Recht gefolgert werden, daß der Nichtleistungswettbewerb[87]) Schädigungswettbewerb und deshalb unzulässig, weil unlauter, ist. Es ist selbstverständlich, daß der Staat einen Wettbewerb mit unlauteren Mitteln nicht zulassen und schützen kann,[88]) da der Wettbewerb dem Geiste des Vertrauens und des Gemeinnutzes und dem Volksganzen untergeordnet ist.[89])

So richtig dieser Gedanke ist, daß das unlautere Wettbewerbsmittel unzulässig ist und in der Regel auch nicht Grundlage für einen Rechtserwerb sein kann, so hat das Reichsgericht trotzdem seine Ansicht geändert und ausgesprochen, daß in besonderen Fällen ein ursprünglich unsittliches Verhalten die Möglichkeit einer Verwirkung nicht ausschließe.[90]) Dieser Meinung ist beizutreten. Es ist nämlich davon auszugehen, daß ein Handeln, bei dem der Erwirkende bewußt täuschend gegenüber dem Publikum und dem Verwirkenden vorgeht, dem Verletzten nicht unbekannt bleiben wird. Wenn er hierbei gegen den Verletzer nicht einschreitet, so muß er dafür selbst einstehen. Und zwar wird man sagen können, daß der Vorwurf der Unlauterkeit deshalb als beseitigt anzusehen ist, weil für den Verletzten eine Pflicht zur Überwachung der geschäftlichen Kennzeichnungsmittel, insbesondere des Warenzeichens, besteht. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, so kann er sich nicht mehr auf das unlautere Verhalten des Verletzten berufen.

Es ist jedoch zu betonen, daß hier ein Einstehen des Verletzten nur in ganz besonders gelagerten Fällen als vorliegend erachtet werden muß, daß die Verwirkungseinrede des Verletzers als begründet anzusehen ist. Denn es ist doch auch eine Rechtslage möglich, bei der der Verletzte vielleicht nicht wagte, gegen die Verletzung vorzugehen, etwa weil er Ärger und Kosten scheute. In einem solchen Falle wird der Verletzer aus dem bloßen Untätigsein des Verletzten nicht die Rechtmäßigkeit seines Angriffs herleiten können.

Auch ist eine Lage möglich, daß der Verletzte berechtigt vielleicht deshalb nicht vorgehen wollte, weil er das unter seiner Würde

---

86) Vergl. hierzu RG. in JW. 1927/113, wo das RG., wie sonst das jeweils angewandte Mittel auf seine Lauterkeit hin beurteilt. Mit Recht weist Gütebier in JW. 1934/1093 darauf hin, daß hierbei niemals die Frage außer Acht gelassen werden sollte, ob das angewandte Mittel auch dem Leistungsprinzip entspricht.

87) Vergl. zu dem Begriff Nichtleistungswettbewerb: Böhm Wettbewerb 1933/141 ff.

88) Über die Frage, daß der Staat und die Wirtschaft eng miteinander verbunden sind, vergl. Baumbach Kom. S. 74. Gegen diese Ansicht: Böhm S. 231, 40 ff. 370.

89) Vergl. Koellreutter: Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution S. 28 und Grundriß S. 272: „Das gesamte Staats- und Wirtschaftsleben ist gebunden an das „Wir", an das Gefühl der völkischen Zusammengehörigkeit. Der nationale Rechtsstaat baut auf einer völkischen Lebensordnung auf. Innerhalb einer völkischen Gebundenheit kann aber nur der Leistungsgrundsatz das Entscheidende sein."

90) Z. B. RG. in GRUR. 1931/788, 1932/78.

hielt und dem Gegner nicht die Ehre der Beachtung angedeihen lassen wollte, da er die Tätigkeit des Verletzers in Anbetracht seines eigenen gut eingeführten und eingetragenen Warenzeichens zu gering erachtete, um annehmen zu müssen, daß dieselbe den Ruf seines Zeichens irgendwie beeinträchtigen könnte.

Ergibt sich also im Prozeß einwandfrei, daß der Verletzte aus diesen Gründen gegen den Verletzer nicht vorgegangen ist, so wird der Richter zu dem Entschluß kommen müssen, daß der Verletzte dem Verletzer gegenüber sein Recht nicht verloren hat bezw. weiter ausüben kann, da er insofern seiner Überwachungspflicht nachgekommen ist. Bei der Würdigung dieser Rechtslage wird ferner entscheidend darauf Gewicht zu legen sein, wie lange das Zuwarten des Verletzers unter dieser Voraussetzung dauerte. Z. B. wird man bei einem Nichteinschreiten während 40 bis 50 Jahren wohl zwingend zu dem Ergebnis kommen müssen, daß der Verletzte sein Recht dem Verletzer gegenüber nicht mehr ausüben kann. Jedoch ist hierzu zu bemerken, daß die Grenze zwischen Besitzstand und Verwirkung auseinander gehalten werden muß. In solchen Fällen ist meist ein Besitzstand entstanden, für den aber die Lauterkeit der Entstehung nicht maßgebend ist. Hier wird man zwar nicht sagen können, daß der Verletzer aus dem langen Warten den Schluß ziehen durfte, der Verletzte gebe stillschweigend seine Einwilligung und erhebe sein unrechtmäßiges Handeln zu einem rechtmäßigen, sondern die Rechtfertigung dieses Ergebnisses läßt sich lediglich aus der Pflicht zur Überwachung der geschäftlichen Kennzeichnungsmittel durch den Verletzten herleiten, der er aber nicht nachgekommen ist.

Es seien hier noch 2 Reichsgerichtsurteile erwähnt, in welchen von der Umwandlung der Bösgläubigkeit des Verletzers in Gutgläubigkeit die Rede ist.[91]) Allerdings sind auch diese Entscheidungen wieder ein Beispiel für die Vermengung der beiden Begriffe Verwirkung und Besitzstand. Im Urteil vom 28. 3. 1930 wußte die Klägerin seit mehr als 20 Jahren von der Verletzungshandlung der Beklagten und erhob erst nach Ablauf dieser langen Zeit Klage. „Daraus hatte das Berufungsgericht eine Verwirkung des Anspruches auf Unterlassung hergeleitet. Das Reichsgericht stimmte zu."[92]) Auch im Farina-Urteil[93]) kehrt der Gedankengang, allerdings ebenfalls mit der unzulässigen

[91]) Vergl. das Katalog-System-Urteil vom 28. 3. 1930, RG. 127/321.

[92]) Wenn auch diesem Urteil insoweit zuzustimmen ist, als es mit den eben dargelegten Einschränkungen möglich ist, daß der Verletzer aus dem Verhalten des Verletzten die Überzeugung entnehmen kann, daß seine Handlungsweise zulässig geworden ist, so beruhte doch die Rechtfertigung dieses Ergebnisses nicht auf Verwirkung sondern auf dem erworbenen Besitzstand.

In dem Urteil heißt es: „Die Typen-Bezeichnung hat sich bei den Abnehmern im Verkehr eingebürgert, der ganze Geschäftsbetrieb der Beklagten ist darauf eingestellt .... es muß für den guten Glauben des Beklagten genügen, wenn aus dem Verhalten des Klägers während des Vorprozesses und in den langen Jahren seit seiner Erledigung die Überzeugung übernommen werden konnte, daß die Benutzung der jetzt beanstandeten Typen-Bezeichnung zulässig sei ....."

[93]) RG. in GRUR. 1929/1044.

Vermengung von Besitzstand und Verwirkung wieder, daß angesichts des langen Zuwartens der Beklagte zu schützen sei, der Erfolg der Unterlassungsklage würde „nicht einem schutzwürdigen Recht, gegenüber unzulässigen Störungen eines anderen, zugute kommen, sondern dieser andere in seiner schutzwürdigen Rechtsposition — das ist aber der erworbene Besitzstand — durch willkürliche Rechtsausübung verletzt werden." Diese bona fides superveniens des Verletzers tritt aber dann ein, wenn der Erwerber aus dem Verhalten des Verletzten auf dessen Einverständnis und damit auf die Zulässigkeit seines eigenen Tuns schließen berechtigt gewesen ist.[94]) Auch in diesem Urteil ist also das Ergebnis der Entscheidung auf den erworbenen Besitzstand, nicht dagegen auf Verwirkung zurückzuführen.

Die Grundsätze von der Umwandlung ursprünglicher Bösgläubigkeit in Gutgläubigkeit gilt nicht nur bei einem ursprünglich sittenwidrigen Verhalten des Verletzers, sondern auch dann, wenn dieser lediglich das Recht des Gegners kennt, ohne die Absicht zu haben, mit dem Zeichen des Verletzten bewußt täuschend vorzugehen. Denn wenn schon ein von Anfang an bestehendes sittenwidriges Verhalten unter gewissen Voraussetzungen zur Gutgläubigkeit ausreifen kann, so muß das erst recht der Fall sein, wenn der Verletzer lediglich das Zeichen des Klägers gekannt hat, ohne aber gewollt zu haben, daß der Verkehr durch seine Zeichenführung getäuscht und sein Gegner geschädigt wurde.

Falls der Erwirkende von dem entgegenstehenden Recht keine Kenntnis gehabt hat, so muß er seine Unkenntnis im Prozeß nachweisen. Es ist selbstverständlich, daß, wenn man schon bei dem ursprünglich bösgläubigen Beklagten die Verwirkungseinrede zuläßt, dessen Gutgläubigkeit erst auf dem Umwege über die bona fides superveniens gefunden wird, der von Anfang an Gutgläubige[95]) sich erst recht auf Verwirkung berufen kann, sodaß der Kläger sein Recht ihm gegenüber nicht mehr geltend machen kann, falls die weiteren Voraussetzungen für den Eintritt der Verwirkung vorliegen. Wird dieser ursprünglich gutgläubige später bösgläubig, so wird diese eintretende Bösgläubigkeit die Verwirkung nicht unmöglich machen, wenn der Verwirkungstatbestand schon vollendet ist. Der Eintritt der Bösgläubigkeit kann z. B. durch eine einfache Vermahnung des Inhalts erfolgen, daß der Kläger nicht daran denke, die Handlung des Beklagten zu dulden.[96]) Es ist nicht erforderlich, daß der Verletzte zur Erhaltung seiner Rechte Klage erhebt.[97]) Zweifel können allerdings in dem Falle entstehen, worauf gerade das Reichsgericht[98]) hinweist, wenn trotz fortgesetzter Verletzung der Verletzte nach der Warnung jahrelang untätig bleibt. Hier könnte eine bloße Vermahnung den Rückschluß auf Einverständnis rechtfertigen, der dann wieder Gut-

[94]) RG. in Mu.W. 1931/369.
[95]) Aus demselben Grunde ist auch dann eine Verwirkung möglich, wenn der Erwirkende nur fahrlässig handelt, d. h. von dem entgegenstehenden Recht zwar weiß, aber glaubt, es nicht zu verletzen.
[96]) Reimer Kom. S. 170, Krause, Schweigen S. 78.
[97]) RG. in JW. 1928/2084.
[98]) RG. in GRUR. 36/861.

gläubigkeit begründen würde. In einem solchen Falle müßte der Verletzte, um sich seine Rechte zu erhalten, Klage erheben.[99])

Die Prüfung der Voraussetzungen für den Eintritt der Verwirkung hat ergeben, daß sich viele Tatbestandsmerkmale nicht fest umreißen oder in eine bestimmte Norm kleiden lassen. So ist es z. B. unmöglich, hinsichtlich der Zeitdauer des langen Zuwartens eine einheitliche Regelung zu finden. Einige Urteile haben gezeigt, daß die Frage, ob sich der Verletzer auf Verwirkung berufen kann, nicht gelöst wird, ohne die Tatbestandsmerkmale gerade in ihrer Wechselwirkung zueinander einer Prüfung zu unterziehen. All diese Vielfältigkeit im Hinblick auf die Behandlung der Verwirkungsmerkmale zueinander spricht aber nicht dagegen, die Tatbestandsmerkmale, soweit das möglich ist, nach einheitlichen Gesichtspunkten zu normieren. Denn solche Verwirkungsnormen erschweren nicht die Entscheidung des Gerichts, sondern erhöhen die Übersichtlichkeit der von der Rechtsprechung vorausgebildeten Grundsätze der Verwirkung und zeigen von vornherein, nach welcher Richtung hin der Richter den Prozeß zu entscheiden hat. Insofern rechtfertigen sich die von Reimer in seinem Kommentar aufgestellten Verwirkungsnormen, und entgegenstehende Bedenken sind hinfällig.[100])

d) Das Wesen der Verwirkung.

1. Unzutreffende Erklärungsversuche.

aa) Die Grundsätze der gesetzlichen und vertraglichen Verwirkung finden keine Anwendung.

Die Verwirkung ist nicht nur auf das Gebiet des Warenzeichenrechts beschränkt. So gibt es z. B. auch im BGB. eine Art von Verwirkung. Enneccerus I 1 § 128 III 4 c nennt den Ausschluß des Rechts eines Ehegatten auf Scheidung gemäß § 1565 BGB. eine „Verwirkung", und § 1680 BGB. spricht ausdrücklich von einer Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters wegen eines an dem Kinde begangenen Verbrechens oder Vergehens. Diese Vorschriften haben

[99]) In GRUR 36/861 hatte die Klägerin gegen die 1925 einsetzende Benutzung ihres älteren Zeichens durch den Beklagten Widerspruch im Februar 1926 erhoben, auf ablehnende Antwort hin sich die Klageerhebung ausdrücklich vorbehalten und im April 1928 geklagt. Das Reichsgericht führt dazu aus: „Bei derartig langem Zögern der Klägerin konnte die Beklagte, nachdem sie im Jahre 1926 ein Nachgeben „endgültig" abgelehnt hatte, nicht mehr erwarten, daß die Klägerin noch gegen sie vorgehen werde. Auch wenn die Klägerin sich im Juni 1926 die Klage vorbehielt, aber dann noch nichts unternahm, durfte sich die Beklagte nunmehr darauf einrichten, daß sie eine Unterlassungsklage nicht mehr zu erwarten habe." Es muß sich also um eine endgültige Ablehnung des Verletzers handeln. Zweifelhaft erscheint es aber, ob man in dieser Beziehung die Zwischenräume so eng setzen kann, wie das Reichsgericht es getan hat.

[100]) Vergl. Schumann, GRUR. 1933/81 ff. und Furler S. 81/82. Vergl. ferner die Kritik Ruth's in JW. 1934/843 zu den Verwirkungsnormen von Reimer hinsichtlich der Vermengung und Verwirkung.

nichts mit der Verwirkung im Warenzeichenrecht gemeinsam. Das beweist gerade § 1680 BGB. Während die wettbewerbliche Verwirkung keinen eigentlichen Rechtsverlust, sondern wie noch darzulegen sein wird, lediglich eine Beschränkung der Rechte des Verletzten zur Folge hat, zieht die Verwirkung gemäß § 1680 BGB. den völligen Verlust der elterlichen Gewalt nach sich. Auch § 1565 BGB. ist von der wettbewerblichen Verwirkung grundverschieden. Wenn nach Absatz II dieser Vorschrift das Recht eines Ehegatten auf Scheidung durch Zustimmung oder Teilnahme ausgeschlossen wird, so ist unter diesem Einverständnis eine Herbeiführung des Ehebruchs des anderen zwecks Gewinnung eines eigenen Grundes zu verstehen (so Reichsgericht in L. Z. 18/215 und Warn. 30/444). Wenn auch bei der wettbewerblichen Verwirkung im Warenzeichenrecht das Einverständnis des Verletzten durch langes Zuwarten unter gewissen Beschränkungen von Bedeutung werden kann (vergl. die Darstellung hierüber oben III c), so ist doch insofern zwischen beiden Merkmalen ein Unterschied vorhanden, als dem Einverständnis in § 1565 BGB. das Motiv des „Verwirkenden" zu Grunde liegt, dem anderen Ehegatten beim Ehebruch deshalb behilflich zu sein, um selbst einen Scheidungsgrund zu erlangen. Es besteht hier also eine gewisse Wechselwirkung zwischen den Parteien, die aber bei der wettbewerblichen Verwirkung nicht gegeben ist.

Zur Frage der Verwirkung z. B. im Handelsrecht, die ebenfalls nichts mit der hier geschilderten Verwirkung zu tun hat, vergl. Krause, Schweigen im Rechtsverkehr S. 72.

Auch mit der Verwirkung vertraglicher Ansprüche (vergl. §§ 339 ff. BGB.) hat die Verwirkung im Warenzeichenrecht nichts zu tun. Diese Ansprüche beruhen nicht auf einem durch Gesetz oder Gewohnheit geschaffenen Recht, wie die wettbewerbliche Verwirkung, sondern auf der bindenden Wirkung geschlossener Vereinbarungen. Der Unterschied ergibt sich allein schon aus dem Zweck der Vertragsstrafe. Denn unter der Verwirkung einer Vertragsstrafe kann man ein Leistungsversprechen für den Fall künftiger Pflichtverletzung mit dem Zweck, den Schuldner zur ordnungsmäßigen Erfüllung anzuhalten, ansehen. Während hier bei dem Eintritt der Verwirkung eine Leistung fällig wird, erlischt bei der Verwirkung im Warenzeichenrecht ein Recht, oder die Ausübung desselben wird beschränkt. Auch soll der Schuldner zur ordnungsmäßigen Leistung angehalten werden, es wird also im Gegensatz zur wettbewerblichen Verwirkung das Verhalten nur eines Beteiligten betrachtet.

bb) Die Verwirkung ist kein besonderes Rechtsinstitut.

Das Reichsgericht hat mehrfach betont, daß die Verwirkung kein besonderes Rechtsinstitut sei.[101]) Finger [102]) bekämpft diese Ansicht. Er führt aus, das Reichsgericht habe doch die Verwirkung aus den §§ 157, 242, 826 BGB. und § 1 UWG. entnommen und dadurch selbst einen derartigen Rechtsbegriff abgeleitet und ein Rechtsinstitut anerkannt. Während Hedemann[103]) behauptet, daß die Verwir-

[101]) RG. in Mu.W. 1930/302.
[102]) Finger, Mu.W. 1931/298.
[103]) Hedemann, Wirtschaftsrecht 1929/325.

kung nahezu zu einem weiteren selbständigen Rechtsinstitut auf Treu- und Glaubensbasis ausreife, meint Finger a.a.O., daß die Ausreifung schon erfolgt sei. Es ist jedoch an der Meinung des Reichsgerichts, die Verwirkung sei kein besonderes Rechtsinstitut, festzuhalten, da sie sich ohne bestehende Gesetzesvorschriften nicht erklären läßt. Wenn man aber auf bestehende Gesetzesvorschriften zurückgehen muß, um die Verwirkung rechtlich begründen zu können, so bleibt sie stets ein Unterfall dieser Vorschriften, ohne ein selbständiges Rechtsinstitut werden zu können.

cc) Die Verwirkung als Folge der Sittenwidrigkeit.

Das Reichsgericht sagte zuerst, daß es gegen die guten Sitten verstoße, wenn der Verletzte jahrelang warte, bis der Verletzer mit Mühe und Kosten sein Warenzeichen, das mit dem Zeichen des Verletzten entweder gleichlautend oder verwechslungsfähig ist, zur Geltung gebracht habe, und der Verletzte erst dann gegen den Verletzer einschreite.[104]) Diese rechtliche Herleitung der Verwirkung befriedigt keineswegs, denn der Maßstab für die guten Sitten ergibt sich aus dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden (vergl. R. G. 107/277, 114/14). Es wäre aber übertrieben und entspräche keineswegs dem Anstandsgefühl aller Billig- und Gerechtdenkenden, wenn man ein Einschreiten des Verletzten gegen den Verletzer nach dem langen Zuwarten — selbst wenn dieses 20, 30 Jahre lang andauerte — als sittenwidrig bezeichnen würde, zumal, wie bereits betont wurde, Rechtslagen durchaus möglich sind, bei denen der Verletzte ein beachtliches Interesse hatte, nicht gegen den Verletzer vorzugehen. Es würde einer Abnutzung des Begriffes der Sittenwidrigkeit bedeuten, wenn man ihn hier verwenden würde.[105])

dd) Verjährung und Präklusionsfristen.

Daß die Verwirkung grundverschieden ist von der Verjährung, wurde bereits am Eingang hervorgehoben. Das BGB. versteht unter der Verjährung die durch Zeitablauf herbeigeführte Beschränkung der

[104]) Vergl. hierzu für unbenutzte Zeichen RG. 111/192, 114/360. Für benutzte Zeichen die spätere Rechtsprechung z. B. RG. in GRUR 1929/493.

[105]) Elster weist mit Recht in L.Z. 1927/1082 darauf hin, daß hier die Sittenwidrigkeit nicht nur im Sinne objektiver Unlauterkeit anzusehen sei, d. h., daß nur die im Verkehr als Unlauterkeit wirkende Handlung betrachtet werden müsse, vielmehr umfasse diese Sittenwidrigkeit auch eine Unlauterkeit in subjektiver Beziehung, nämlich, es bedürfe auf Seiten des Handelnden der Kenntnis aller derjenigen Umstände, die das Verhalten zu einem sittenwidrigen machen. Es sei nicht nur schwer, dem Kläger ein solches Verhalten positiv nachzuweisen, sondern auch überflüssig, ein solches Urteil zu sprechen, wenn es bessere Begründungen gäbe.

Ebenso im Ergebnis Herzog Mu.W. 1930/353. Dagegen Marcus in Mu.W. 1929/413, der behauptet, daß das Reichsgericht mit dem Hinweis auf einen Verstoß gegen die guten Sitten auskomme, und eine weitere Konstruktion nicht nötig sei. Reimer nennt mit Recht in Mu.W. 1930/550 das Wegbleiben des Vorwurfes einer Sittenwidrigkeit eine erfreuliche Tatsache.

Geltendmachung eines Anspruchs, d. h. des Rechts, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Während der Kläger nach Ablauf einer durch das Gesetz bestimmten Frist nicht mehr befugt ist, sein Recht geltend zu machen, erhält der Beklagte ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 222 Abs. 1 BGB.). Die Grundlage der Verjährung ist lediglich das unangefochtene Bestehen eines Rechtszustandes, d. h. die tatsächliche Nichtausübung des Rechts. Zum Eintritt der Verwirkung gehören jedoch nicht nur ein, wie bei der Verjährung, feststehender Zeitablauf, sondern, wie dargelegt, noch andere Voraussetzungen. Deshalb ist eine sinngemäße Anwendung der Verjährungsvorschriften nicht möglich. Auch käme man hinsichtlich der Zeitdauer zu unerfüllbaren Voraussetzungen.

Auch bei den in zahlreichen Gesetzen bestehenden oder auch bei den rechtsgeschäftlich, z. B. für Geltendmachung von Versicherungsansprüchen, vorgeschriebenen Ausschlußfristen wird lediglich auf den Zeitablauf abgestellt, der Anspruch ist für eine von vornherein bestimmte Frist gegeben und fällt mit dem Ablauf derselben ohne weiteres fort. Auch dieses Rechtsinstitut ist also für die Verwirkung im Warenzeichenrecht nicht anwendbar, da auch bei diesem Rechtsinstitut wie bei der Verjährung, lediglich der Ablauf der Zeit von Bedeutung ist, subjektive Voraussetzungen hier im Gegensatz zur Verwirkung aber nicht erforderlich sind.

Auch sind die Grundsätze über einen Rechtsverzicht nicht anwendbar. Zwar hat das Reichsgericht mitunter die Verwirkung als einen Verzicht betrachtet,[106]) jedoch kann diese Ansicht nicht geteilt werden. Der Verzicht setzt zwar keinen Vertrag voraus, er ist jedoch ein Rechtsgeschäft,[107]) d. h. die auf einen rechtlichen Erfolg gerichtete Privatwillenserklärung. Es gibt keinen Verzicht ohne Verzichtswillen. Die Verwirkung hat dagegen nichts mit einer Willenserklärung zu tun, ist vielmehr eine Folge eines Verhaltens schlechthin.[108]) Der Verwirkende will nicht einen Anspruch aufgeben oder irgendwie beschränken. Es wurde ja gezeigt, daß die Verwirkung sogar dann als begründet zu erachten ist, wenn beim Verwirkenden eine auf Fahrlässigkeit beruhende Nichtkenntnis von dem Gebrauch des mit seinem Warenzeichen gleichlautenden oder verwechslungsfähigen Zeichens durch den Erwirkenden vorliegt.

ee) Die Verschweigung.

Krause begründet die Verwirkung mit der Verschweigung.[109]) Auch diese Ansicht ist abzulehnen. Die Verschweigung geht auf germanische Rechtsauffassungen zurück und ist bereits in der fränkischen Periode ein voll ausgebildetes selbständiges Rechtsinstitut, in welchem sich die heilende und sichernde Kraft der Zeit entfaltet.[110]) Eine Verjährung und Ersitzung kannte das deutsche Recht bis zur Re-

[106]) Vergl. RG. in Mu.W. 1931/47.
[107]) Staudinger zu § 397, I 1 a. Löning-Basch zu § 397, Anm. 3.
[108]) Best, JW. 1932/1801. Nipperdey Allgem. Teil S. 697, Anm. 17.
[109]) Krause, Schweigen im Rechtsverkehr S. 160 ff., besonders 176/77.
[110]) Vergl. Hübner, Privatrecht S. 16 ff. und Gierke, Deutsches Privatrecht S. 310.

zeption des römischen Rechts nicht, vielmehr nur die sogenannte Unvordenklichkeit und die Verschweigung. Die Verschweigung beruhte auf dem Gedanken, daß derjenige, der gegenüber einer Beeinträchtigung seines Rechts Jahr und Tag schwieg, immer schweigen mußte, d. h. er konnte sich nicht mehr gegen diese Beeinträchtigung wehren, hatte sich vielmehr verschwiegen.[111]) Jedoch setzte die Verschweigung eine Erkennbarkeit des anfechtbaren Zustandes voraus, die an typische Momente anknüpfte.[112])

Das Wesen der Verschweigung liegt also in dem Ausschluß der Geltendmachung eines Rechts durch den Berechtigten. Es muß ein gerichtliches Aufgebot stattgefunden haben, oder doch ein allgemein erkennbares tatsächliches Ereignis vorliegen, wie z. B. der Aufenthalt des Hörigen in der Stadt oder der Tod einer Person. Es muß aber noch hinzukommen, daß eine Frist abgelaufen ist,[113]) und daß innerhalb dieser Frist keine rechte Widersprache erhoben worden ist, die allerdings nur gerichtlich geltend gemacht werden konnte.[114])

Man verschwieg sich also nicht ohne weiteres. Der Zeitablauf allein bewirkte nicht schon die Verschweigung. Nur wenn durch ein Aufgebot oder ihm gleichstehende offensichtliche Tatbestände eine besondere Veranlassung zum Handeln gegeben war und trotzdem nicht gehandelt wurde, verschwieg man sich. Diese offensichtlichen Tatbestände nennt Krause[115]) qualifizierende Momente, und bei der Verwirkung im Warenzeichenrecht soll der drohende wertvolle Besitzstand des Verletzers ein solches qualifizierendes Moment sein. Wenn auch die Ansicht, daß zur Verschweigung ein sogenanntes qualifizierendes Moment zum Zeitablauf hinzutreten muß, richtig ist, so ist die Ansicht, daß das qualifizierende Moment, wenn man die Verwirkung mit der Verschweigung begründen will, in dem wertvollen Besitzstand gesehen werden soll, wegen des mehrfach hervorgehobenen grundsätzlichen Unterschieds zwischen Verwirkung und Besitzstand unzulässig; die Vermengung beider Begriffe, auch in der Art, daß beide Tatbestände von einander abhängig sind, ist unmöglich. Aus diesem Grunde kann der Ansicht von Krause nicht beigetreten werden.

2. Die Verwirkung beruht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Baumbach, Callmann, Finger[116]) sehen in der Verwirkung einen Einwand aus § 1 UWG. und § 826 BGB. Das Reichsgericht erklärt,

[111]) Die Verschweigung begründete jedoch lediglich Klaglosigkeit des Anspruchs, hatte dagegen nicht einen Rechtsverlust des Verschweigenden zur Folge.

[112]) Typische Verschweigungsfälle sind z. B. ein entlaufener Höriger, der Jahr und Tag unangefochten in einer Stadt lebt, wird frei. Der Herr hat sein Recht an ihm verschwiegen, denn Stadtluft macht frei. Ebenso verschweigt sich unter gewissen Voraussetzungen der Erbe, der nicht binnen Jahr und Tag gerichtliche Einweisung in den Nachlaß begehrt. Es verschweigt sich der Eigentümer einer verlorenen Sache gegenüber dem Finder von ihrer öffentlichen Aufbietung an.

[113]) Die Länge ist nicht immer Jahr und Tag. Man verschweigt sich z. B. an Fundsachen nach dem Sachsenspiegel in 6 Wochen.

[114]) Vergl. Hübner, Privatrecht S. 23.

[115]) Krause, Schweigen S. 176.

[116]) Baumbach Kom. S. 108 und Mu.W. 1931/309, ferner Callmann § 1, 40 und Finger Mu.W. 1931/303.

die Verwirkung beruhe auf dem das ganze Wettbewerbsrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben.[117]) Auch Siebert[118]) verwendet zur rechtlichen Herleitung der Verwirkung den Grundsatz von Treu und Glauben. Diese Ansicht liegt um so näher, als die Verwirkung in der Aufwertungsrechtsprechung ebenfalls auf den Grundsatz von Treu und Glauben gestützt und von praktischer Bedeutung wurde. Das Reichsgericht betonte hierbei,[119]) daß niemand mit der Verfolgung seiner Rechte so lange warten dürfe, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu finden sei. Dieser Grundsatz sei besonders dann anzuwenden, wenn außergewöhnliche Verhältnisse einem der Beteiligten einen außergewöhnlichen Rechtsbehelf gewährten. Hier sei es Pflicht des Gläubigers, den Gegner alsbald von dem beabsichtigten Gebrauch dieses Rechtsbehelfs zu verständigen, damit dieser sich nicht auf den Nichtgebrauch des Rechtsbehelfs einrichte und hinterher in seinen geschäftlichen Berechnungen und Maßnahmen erheblich gestört werde.[120])

Das Schrifttum lehnt die Anwendung des § 242 BGB. teilweise deshalb ab, weil es sich bei dieser Vorschrift lediglich um die Einrede der Arglist handele, wobei ausschließlich das Verhalten des Klägers gewürdigt, das des Beklagten dagegen als unerheblich bei Seite geschoben werde.[121]) Da aber, wie dargelegt, auch beim Beklagten bestimmte Voraussetzungen nötig sind, so könne die Verwirkung aus § 242 BGB., die lediglich das Verhalten des Klägers betrachte, nicht hergeleitet werden.

Mit Recht weist Siebert darauf hin,[122]) daß sich hinter dieser Einrede der Arglist mehrere unter sich verschiedene Rechtssätze und Rechtsgedanken verbergen, die das Wesen der Einrede verdunkeln, sodaß man von einer Einrede der Arglist nur noch zur Kennzeichnung einer umfassenden rechtspolitischen Idee, nicht aber im Sinne eines festen systematischen Begriffs sprechen darf.

Es ist zwischen der exceptio dolis specialis und der exceptio dolis generalis zu unterscheiden. Um die erstere kann es sich bei der Verwirkung nicht handeln, da sie sich auf eine bei Erlangung, also vor Geltendmachung des Anspruchs, begangene unerlaubte Handlung gründet, was aber bei der Verwirkung niemals vorliegt. Dagegen paßt die exceptio dolis generalis auf die Verwirkung, die dem Kläger vorwirft, gerade die Geltendmachung eines Anspruches sei arglistig. Als Grundlage dieser exceptio kommen neben §§ 226[123]) und 826 auch 242 BGB. in Frage, weil § 242 BGB. eine Schranke der Rechtsausübung

---

[117]) RG. in GRUR. 1932/78.
[118]) JW. 1932/2384, JW. 1932/943, JW. 1934/97/98.
[119]) RG. 88/146, 117/358.
[120]) Siebert JW. 1932/2384.
[121]) Oppenheim, Diss. S. 28 ff.
[122]) Siebert JW. 1932/2384 und JW. 1934/97.
[123]) Während § 226 BGB. rein subjektiv — individualistisch aufgebaut ist, ist der Maßstab des § 242 BGB. rein objektiv, indem er den sozialethischen Wert eines Verhaltens schlechthin entscheiden läßt. Es sind zwar auch in § 242 BGB. subjektive Momente zu beachten, die aber durch gewichtigere objektive Momente (Berücksichtigung der Verkehrsauffassung) verdrängt werden. Vergl. hierzu Siebert JW. 1932/946 zum Hunyadi-Janos-Urteil.

darstellt. Denn § 242 BGB. erklärt eine gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstoßende Rechtsausübung für unzulässig.

Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz, der eine Schranke der Rechtsausübung für alle gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstoßenden Rechtsausübungen enthält, indem diese für unzulässig erklärt werden, ist auch in der wettbewerblichen Verwirkung von Bedeutung. Während der Einwand aus § 826 BGB. und § 1 UWG. aus den in Abschnitt III e, cc) genannten Gründen nicht zum Ziele führen kann, stehen der Verwirkungsbegründung mit Hilfe des Grundsatzes von Treu und Glauben keine Bedenken entgegen. Der dem § 242 BGB. zu Grunde liegende Gedanke, daß bei jeder Entscheidung die Grundsätze der Billigkeit zu berücksichtigen sind, daß das besondere Interesse des Einzelfalles zu prüfen ist, verlangt eine Entscheidung unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse beider Beteiligten. Wenn zwar die mit § 242 BGB. begründeten Aufwertungsentscheidungen dem Gläubiger, der einen außerordentlichen Rechtsbehelf besitzt, vorwerfen, daß er von diesem Behelfe erst Gebrauch macht, wenn sein Vorgehen nicht mehr mit Treu und Glauben zu vereinbaren ist, in ihnen also äußerlich nur das Verhalten des einen Beteiligten gewürdigt zu werden scheint, so wird bei den Verwirkungsentscheidungen unter Heranziehung des § 242 BGB. neben dem Verhalten des Verletzten auch das Verhalten des Verletzers ganz besonders gewürdigt, was aus einer Entscheidung des Reichsgerichts (R. G. 134/38) deutlich hervorgeht: „Es ist die Gesamtheit der Umstände zu berücksichtigen unter Abwägung aller hier beteiligten Interessen." Wenn das Reichsgericht in dieser Entscheidung sagt, daß die Umstände des Einzelfalles entscheidend seien und zwar „auf Seiten des Beklagten", so ist das, wie Siebert in JW. 1932/943 richtig hervorhebt, nur insofern richtig, als das Verhältnis des Klägers zunächst einmal vom Standpunkt des Beklagten aus gewertet wird. Schon dabei ist aber eine Berücksichtigung auch der Umstände beim Kläger zu verlangen.

Das ist die Generalregel, auf der die Verwirkung aufgebaut ist. Diese Generalregel hat einen außerordentlich weiten Umfang und vermag alle Erscheinungen des unlauteren Wettbewerbs zu umfassen, denn innerhalb dieser Norm bilden sich bestimmte von der Rechtsprechung entwickelte Einzelrechtssätze, die auf gleichgelagerte Fälle angewendet werden. Diese beruhen auf dem Grundsatz von Treu und Glauben, sie kommen den sich fortwährend ändernden Verhältnissen des Handelsverkehrs entgegen und bewirken gleichzeitig, daß die Rechtsprechung beweglich bleibt. Denn der Richter prüft die einzelnen von diesen Normen aufgestellten Voraussetzungen unter Abwägung aller gegenseitigen Interessen und kommt zu dem Ergebnis, ob die Verwirkungseinrede[124]) begründet ist oder nicht[125]).

[124]) Mit Recht weist Krause, Schweigen S. 212 darauf hin, daß die Berufung auf eine zu Lasten des Gegners vorhandene Schranke der Rechtsausübung in das alternative Schema: Einrede oder Einwendung nicht hineinpaßt. Er bezeichnet das Vorbringen des Beklagten „Rechtsbeschränkende Einwendung". Vergl. auch Siebert JW. 1932/943, der dieses Vorbringen als Einwand bezeichnet.

Zu demselben Schluß kommt auch Siebert in JW. 1932/943, wenn er betont, daß sich gewisse Leitsätze aufstellen lassen, die die Gefahr einer Unsicherheit im einzelnen Falle mindern und geeignet sind, in der Anwendung und Auslegung gewerblicher Schutzrechte feste Grenzen und eine Sicherheit der Praxis zu erzielen.

e) Die Folgen der Verwirkung.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, in welcher Art und in welchem Umfange sich die Verwirkung äußert. Die Wirkung kann eine doppelte sein: Das Recht des Verwirkenden könnte gänzlich erlöschen, d. h. es würde ein völliger Rechtsverlust beim Verwirkenden eintreten. Auf eine Widerklage des beklagten Verletzers müßte dann das Zeichen in der Warenzeichenrolle gelöscht werden, sodaß der Kläger nicht mehr in der Lage wäre, weder gegen den Verletzer noch gegen Dritte vorzugehen. Es könnte aber auch die Verwirkung nur relative Folgen zeitigen, so z. B., daß lediglich eine Anspruchsverwirkung eintritt, die nur zwischen den Parteien wirkt.

Die Wirkung ist lediglich eine relative.[126]) Das Recht des Verwirkenden geht nicht unter, sondern bleibt weiter bestehen, sodaß dritte Wettbewerber dieses im vollen Umfange achten müssen. Dagegen kann der Verwirkende nicht die Löschung des Warenzeichens des Erwirkenden verlangen, sein an sich bestehender Unterlassungsanspruch wird abgewiesen.

Der Verwirkung unterliegen die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung.

Auch der Anspruch auf Schadensersatz erliegt der Verwirkung. Die Frage, ob der Anspruch auf Schadensersatz auch verwirkt werden kann, ist aber bestritten und für die Verwirkung im Aufwertungsrecht abgelehnt worden,[127]) mit der Begründung, die Verwirkung beruhe auf § 242 BGB., Grundlage für die Schadensersatzansprüche sei aber § 249 BGB. Dieses Argument scheidet aber bei der Verwirkung im Warenzeichenrecht aus, da die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus denselben wettbewerblichen Normen hervorgehen.

---

[125]) Hierdurch ergibt sich die innere Berechtigung der sogenannten Verwirkungsnormen von Reimer, die von Schumann zu Unrecht abgelehnt werden.

[126]) Das war nicht immer geltendes Recht. In den ersten Verwirkungsentscheidungen (z. B. Goldina- und Uhu-Urteil vergl. RG. 111/192, Mu.W. 1929/340) wurde der Kläger auf die Widerklage des beklagten Verletzers zur Einwilligung in die Löschung seines unbenutzten Zeichens verurteilt. Die Mehrheit der Verwirkungsentscheidungen steht aber auf dem Standpunkt, daß der Kläger dem beklagten Zeichenverletzer die Führung seines jüngeren verwechselungsfähigen Zeichens nicht untersagen könne. Der Kläger braucht sein Warenzeichen nicht löschen zu lassen. Er kann es auch seinerseits weiterführen.

Es ist also ungenau, die Rechtsfolge der Verwirkung als Rechtsverlust zu bezeichnen, worauf Siebert mit Recht in JW. 1932/2385 hinweist.

[127]) RG. in JW. 1931/578.

Lebenslauf.

Ich bin am 24. 9. 1909 in Waldenburg in Schlesien als Sohn des Obertelegraphenmeisters Otto Titze und dessen Ehefrau Rose, geb. Schönfeld geboren. Vom 6. Lebensjahr an besuchte ich die Oberrealschule in Cottbus, wurde infolge Versetzung meines Vaters nach Frankfurt (Oder) im Jahre 1927 in die Oberrealschule in Frankfurt (Oder) umgeschult und bestand zu Ostern 1929 die Reifeprüfung.

Ich entschloß mich, Rechts- und Staatswissenschaften zu studieren. Mein 1., 2. und 4. Semester studierte ich an der Universität in Berlin und hörte bei den Herren Professoren Dersch, Goldschmidt, Th. Kipp, K. Th. Kipp, Heymann, Kohlrausch, Laß, Mannheim, Nußbaum, Onken, Schlegelberger, Schuster, Smend, Titze und Martin Wolff. Mein 3. Semester verlebte ich in Tübingen, um an den Vorlesungen und Übungen der Herren Professoren Fuchs, Hegler, von Köhler, Lehnich, Lucas, Sartorius und Stoll teilzunehmen. Den Rest meines Studiums verbrachte ich in Halle (Saale) und nahm an Vorlesungen, Übungen und Repetitorien der Herren Professoren Boehmer, Bilfinger, Finger, Fleischmann, Grünfeld, Hein,Kisch, Kitzinger, Ruth, Schmaltz und Schmidt teil.

Nach vollendetem 7. Semester bestand ich am 13. 10. 1932 vor dem Prüfungsamt am Oberlandesgericht in Naumburg (Saale) mein 1. juristisches Staatsexamen. Vom 5. 11. 1932 ab bin ich als Gerichts-Referendar in Frankfurt (Oder) tätig. Am 30. 7. 1934 bestand ich mein Doktorexamen.

Für zahlreiche Anregungen bei der Anfertigung der Arbeit bin ich Herrn Prof. Ruth zu großem Dank verpflichtet.